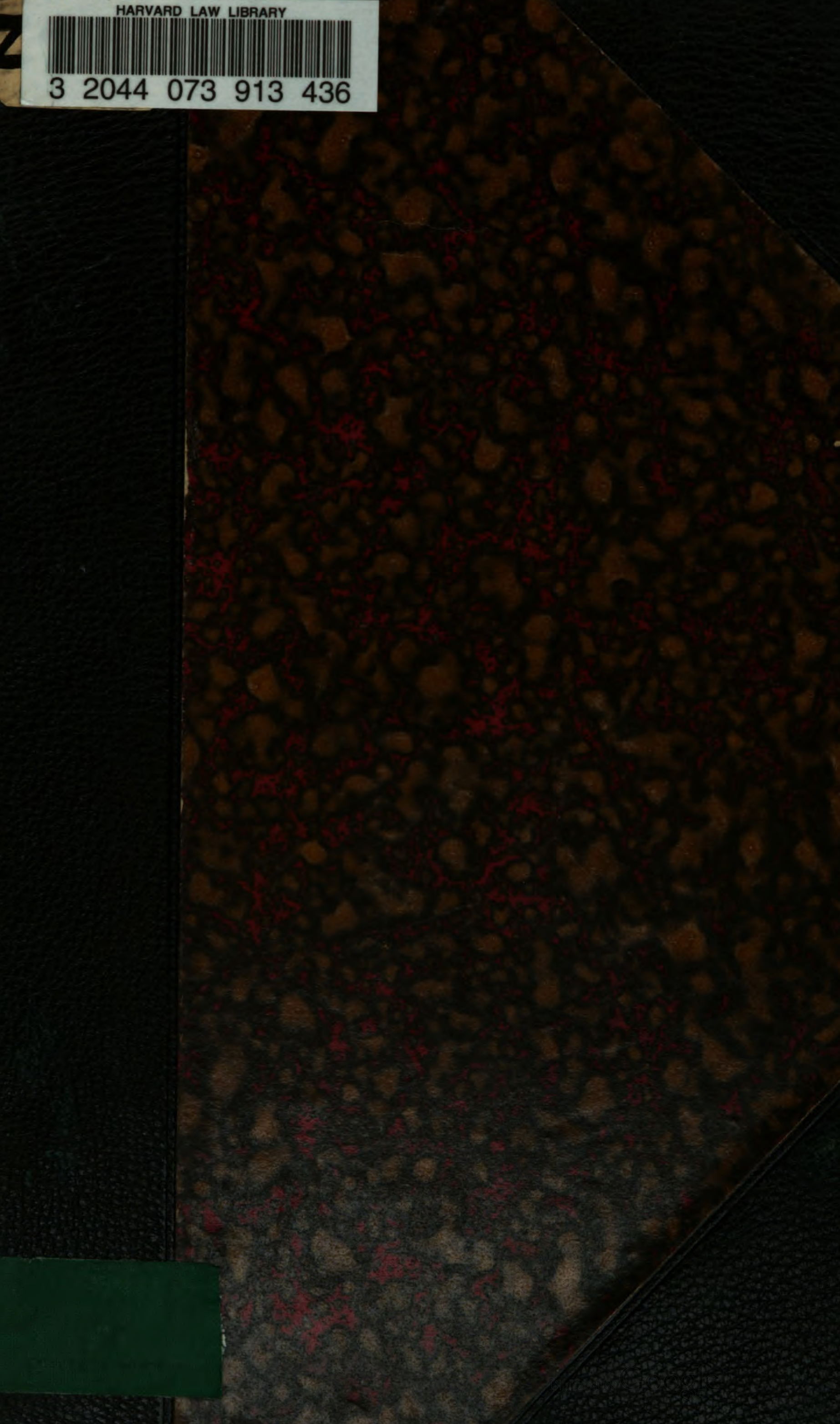
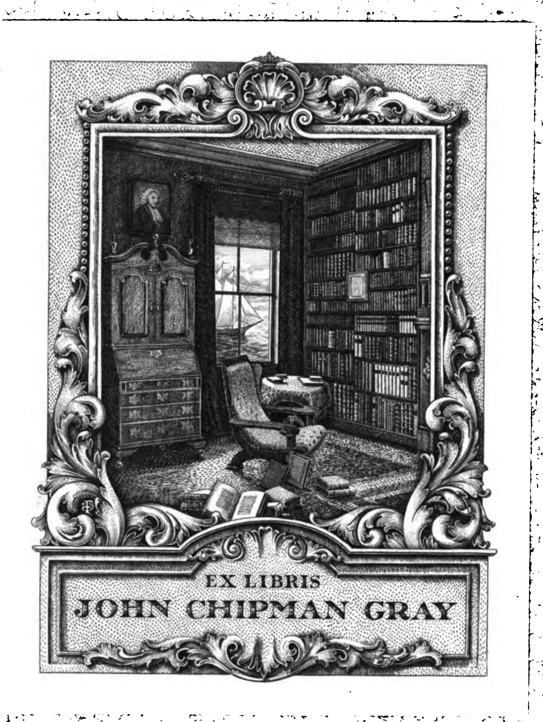



EX LIBRIS
JOHN CHIPMAN GRAY

Germany



Das

Deutsche Stammgutssystem

nach seinem Ursprunge und seinem Verlaufe

von

Dr. Ludwig Zimmerle.

Tübingen, 1857.

Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.

— Laupp & Siebeck. —



Das

Deutsche Stammgutssystem.

Das

Deutsche Stammgutssystem

nach seinem Ursprunge und seinem Verlaufe

von

Dr. Ludwig Zimmerle.

Tübingen, 1857.

Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.

— Laupp & Siebeck. —

Druck von H. Laupp jr. in Tübingen.

Dem Herrn

Dr. Karl Friedrich von Gerber

Kanzler der Universität Tübingen ꝛc. ꝛc.

als Zeichen der Verehrung und Dankbarkeit.

Als für das Jahr 1852/53 der hier behandelte Gegenstand von der Juristenfacultät zu Tübingen zur Preisaufgabe gestellt wurde, wagte ich es, durch den Versuch ihrer Beantwortung meine Liebe zur Rechtswissenschaft zu bethätigen. Eine nachsichtsvoll geübte Kritik fand diesen Versuch günstiger Beurtheilung und des Preises für würdig und so entstand der Entschluß, ihn seinem Inhalte nach unverändert und nur in der Form verschieden einem weiteren Kreise vorzulegen.

Auf Grund des alten germanischen Staats- und Rechtslebens suchte ich durch eine richtige Gesammtanschauung der ursprünglichen politischen und socialen Verhältnisse für die Entscheidung der vorliegenden Frage eine sichere Basis zu gewinnen. Da das Rechtsinstitut des Stammguts sich im Mittelalter zu einem vollkommenen Systeme gestaltete, glaubte ich diesen Abschnitt mit besonderer Ausführlichkeit durch alle seine Erscheinungen darstellen zu müssen. Mit der Darstellung des Untergangs und Verlaufs desselben in abgerissene particuläre Institute hielt ich meine hauptsächliche Aufgabe für gelös't und betrachtete daher nur den geschichtlichen Gang ihres allmäligen Erlöschens oder ihrer systematischen Entwicklung, ohne auf die Controversen des bestehenden Rechts einzugehen.

Ich fühle mich gedrungen, mit dankbarer Verehrung die Namen der Männer zu nennen, deren Schriften die Grundlage meiner Ansichten bilden, wie die Waitz, Beseler, Homeyer, Roth. Reiches Material gewann ich durch die trefflichen Arbeiten von Heinrich Siegel, das deutsche Erbrecht ꝛc., Heidelberg 1853, und Dr. Georg Sandhaas, über die Rechte des nächsten Erben ꝛc. in dessen germanistischen Abhandlungen, Gießen 1852. Wem ich aber am meisten verdanke, — meinem hochverehrten Lehrer, — das soll die Widmung dieser Schrift aussprechen.

Tübingen, im Dezember 1856.

Ludwig Zimmerle.

Inhalts-Übersicht.

Einleitung. S. 1—32.

Die politische Bedeutung des Grundeigenthums als Grundlage des Stammgutssystems.

staatlichen Gliederung. Denn die Volksversammlung, der Kern des politischen Lebens, wurzelt auf ihrem räumlichen Bezirke, da in ihr die freien Grundbesitzer als die betheiligten Ansiedler erschienen S. 11. Als solche sind sie auch Glieder der Gauversammlung S. 12. Der Besitz eines freien Hofes innerhalb einer Hundertschaft ist somit die Voraussetzung der Theilnahme am politischen Verband S. 12, und blieb es auch nachdem der Zahlbegriff der Hundertschaft sich verloren hatte S. 13. Die Markgenossenschaft dagegen ist keine politische Verbindung S. 13. Außer dem staatlichen Unterthanenverhältniß der freien Grundbesitzer zu der Volksversammlung bestand keine Herrschaft über den Freien; auch die Monarchie erzeugte keine Neugestaltung der staatlichen Verbindung S. 14, 15. Gegen die Behauptung, daß die erste staatliche Einigung der Deutschen eine Geschlechterverfassung gewesen, spricht das Dasein von Privatlandeigenthum; sie läßt sich aber auch weder auf geschichtsphilosophischem Wege S. 15, noch aus den Quellen selbst erbringen, da bei den Deutschen weder eine Erweiterung des Begriffs der Familie auch auf nicht Blutsverwandte, noch künstliche Nachbildungen desselben sich erweisen lassen S. 16—19.

§. 3. Grundeigenthum und Familie. S. 20—24.

Die natürliche Innigkeit der deutschen Familie äußerte ihren Einfluß, wie im gesammten öffentlichen und Privatrecht überhaupt, so insbesondere in Bezug auf die Gestaltung des Grundeigenthums S. 20. Nachdem schon die ursprüngliche Vertheilung desselben nach Geschlechtern und Familien erfolgt war, siedelte der Einzelne als Haupt oder Glied einer Familie auf dem Hofe, durch den Grundbesitz befähigt, als Gemeindegenosse sich und die Familie zu schützen S. 21. Alle auf die Familieneinheit sich beziehenden rechtlichen Bestimmungen setzen Grundbesitz in der Hand der männlichen Glieder der Familie voraus und machen denselben somit zur Basis der politischen Berechtigung der Familie S. 21. Diese Voraussetzung zeigt sich bei der Klage um Eigenthum S. 20, in der Gerichtsfähigkeit, dem Rechte der Vormundschaft, Fehde S. 21, des Wehegelds S. 22, am ausgeprägtesten im Erbrecht S. 22 f. Ein Gesammteigenthum der Familie aber bestand nicht S. 24.

§. 4. Grundeigenthum und Freiheit. S. 25—32.

Der Unterschied der Freien und Unfreien entspringt aus dem juristischen Begriff der germanischen Freiheit S. 25, der das Recht zur Mitgliedschaft in der Volksgemeinde und ihrer Versammlung sowie an dem öffentlichen Frieden umfaßt. In der Freiheit liegen daher öffentlich- und privatrechtliche Elemente S. 26 f., insbesondere auch das Recht des echten Eigenthums S. 28 f. Das freie Grundeigenthum ist die Grundlage aller Freiheitsrechte S. 29, und auf seinem Besitz beruhen die Ständegliederungen S. 30.

Grundeigenthums beruhende Charakter desselben und die Betrachtung des Fortgangs der geschichtlichen Entwicklung S. 79 f. Denn gegen die Angriffe des römischen Rechts und die Privilegien der Kirche drang das deutsche Recht immer wieder durch S. 80. 82. Mit dieser Rechtsentwicklung stimmt das altfranzösische Recht überein S. 81.

II. Das Rechtsinstitut. S. 83—91.

§. 13. 1. Der Rechtssatz an sich. S. 83—87.

Wenn auch eine bestimmte Construction des Rechtsinstituts nicht möglich ist, so kennt doch das deutsche Recht schon zur Zeit der Völkergesetze die Berechtigung des nächsten Erben, bei Veräußerungen von Grundstücken als zustimmend oder widersprechend mitzuwirken und durch diese Mitwirkung den Eigenthümer in der freien Disposition zu beschränken S. 83. Dieses Einspruchsrecht tritt bei allen Veräußerungen ein, nicht blos bei Schenkungen, S. 84, und nur hinsichtlich der Beschränkungen jenes Rechts bestehen particuläre Vorschriften S. 85. Wenn auch über die Personen der Erben, denen es zustand, keine durchgreifende Norm sich findet, so umfaßt es doch sicher jede Veräußerung von Immobilien, nicht blos von Erbgut; auf Mobilien aber erstreckt es sich nicht S. 86.

§. 14. 2. Verhältniß zum deutschen Rechtssystem. S. 87—91.

Wie sich das Einspruchsrecht in der Verschiedenartigkeit der dinglichen Berechtigung an Immobilien und Mobilien äußert, so tritt seine Wirkung insbesondere auch im Erbrecht hervor S. 87. Denn sowohl der Ausschluß gewillkürter letztwilliger Dispositionen S. 87 und der Delation der Erbschaft S. 88, als insbesondere die Successionsfähigkeit der Frauen in Bezug auf Grundeigenthum und die Erbfolgeordnung stehen in nächster Beziehung zum Einspruchsrecht S. 88 f. Ferner wird nicht blos der Kreis der obligatorischen Verhältnisse, soweit sie Veräußerungen von Grundeigenthnm betreffen, sondern auch die Vormundschaft und das eheliche Güterrecht von ihm beeinflußt S. 89 f. Dagegen ist die Entstehung des Einspruchsrechts der Erben im Lehen- und Hofrecht jünger S. 90.

III. Ursprung der Berechtigung des nächsten Erben. S. 91—122.

§. 15. Die Theorie des Gesammteigenthums der Familie. S. 91—99.

Die von den Romanisten entdeckte Idee des Gesammteigenthums S. 91 wurde von den Germanisten auch zur Erklärung der deutschen Erbfolge benützt und vor allem das Einspruchsrecht als Ausfluß desselben behauptet S. 92. Diese besonders von Juristen des XVIII. Jahrhunderts vertheidigte Ansicht S. 92 hat sich trotz vielfacher Angriffe

S. 93 auch in neuester Zeit erhalten S. 94. Allein der, einen innern Widerspruch in sich schließende S. 94, Gedanke desselben findet sich einerseits nirgends in den Quellen und kann auch nicht aus dem corporativen Triebe des germanischen Lebens erklärt werden S. 95; andererseits würde er practisch angewandt zu Undenkbarkeiten führen S. 96. Auch der Ausschluß gegenseitiger Erbansprüche durch Abschichtung ist nicht Folge des Gesammteigenthums, sondern eines Erbverzichts S. 97. Endlich liegt in dieser Theorie nicht einmal eine Lösung der ganzen Frage S. 97. Die Familienrechtstheorie Trummers S. 98.

§. 16. Eichhorn. — Pauli. — Gaupp. S. 99—105.

Eichhorn behauptet als Regel freie Veräußerungsbefugniß; das Princip der Beschränkungen aber findet er in der Pflicht des nächsten Erben zur Blutrache, weßhalb man die Ansprüche des letztern auf die Erbfolge in gewissem Umfang als unverletzlich betrachtet habe S. 99. Allein das Erbrecht und die Pflicht zur Fehde und Wehrgeldsbezahlung stehen nicht in directer Wechselbeziehung S. 100; vielmehr entspricht dieser Pflicht der Familie das Recht derselben auf den Empfang des Wehrgelds S. 101. Endlich bezieht sich das Einspruchsrecht nicht blos auf Erbgüter S. 101. — Dieselben Einwürfe treffen Sybows Begründung durch die Familienbürgschaft S. 102. — Auch Pauli beschränkt das Einspruchsrecht auf Erbgüter S. 102 und erklärt es aus der im germanischen Leben ruhenden Ansicht, daß der Einzelne nicht befugt sei, das ohne sein Zuthun durch höhere Hand in Folge Erbgangs ihm Zugefallene nach Willkür dem Erbgang zu entziehen S. 103. Obgleich diese Erklärung mit richtigem Sinn das ganze Institut aus dem germanischen Volkscharakter abzuleiten versucht, ist sie doch zu allgemein, indem sie keine Anknüpfung an das objective Recht bietet S. 103. 104. Ferner beruht sie ganz auf dem Unterschied zwischen Erb- und gewonnen Gut, der sich mit Rücksicht auf das Einspruchsrecht weder in ältester Zeit, noch im Ssp. und Schwsp. findet S. 104. 105. — Gaupp glaubt, die Frage lasse sich für die älteste Zeit nicht sicher beantworten; doch hat er die Beschränkung des Einspruchs auf Erbgüter selbst wieder aufgegeben S. 105.

§. 17. Beseler. S. 106—110.

Beselers Ansicht geht dahin, die Veräußerung des Grundbesitzes sei ursprünglich nicht beschränkt gewesen, die Sitte aber habe früh eine Ausnahme zu Gunsten der Kinder gemacht. Aus dieser Neigung, den Kindern das Erbe zu wahren, hätten sich die Nächsten der Sippe ein gleiches Recht hergeleitet und aus der häufigen Theilnahme der Verwandten sei die Meinung entstanden, ihre Zustimmung sei nothwendig S. 106. 107. Aber diese allgemein menschlichen Rücksichten können eine nur germanische Erscheinung nicht begründen S. 107. 108, und

lassen unbeantwortet, wann und warum aus der Sitte ein Recht wurde S. 108, das seinen Zweck, die Erben vor Mangel zu schützen, weit überschossen hätte S. 109. Endlich sieht man nicht ein, warum die Verwandten, wenn ihnen kein Recht zustand, zu Veräußerungen regelmäßig zugezogen wurden S. 109. 110.

§. 18. Sandhaas. — Walter. S. 110—118.

Sandhaas unterscheidet das Recht der verschiedenen Stämme und Form und Sache; im Ganzen aber sei der Zustand überall ein thatsächlich gleicher gewesen S. 111. Allein bei der Mangelhaftigkeit der alten Rechtsaufzeichnungen kann man nur ihren Gesammteindruck zusammenfassen, nicht aber Sitte und Recht vereinigen S. 111. Jene Ansicht läßt vielmehr nur das sächsische Recht als eine Singularität erscheinen S. 112. War ferner der Zustand ein factisch gleicher, so sieht man nicht ein, warum zwei Principien zu seiner Erzeugung mitwirkten S. 112; aber selbst diese würden überall die rechtliche Nothwendigkeit der Beiziehung des Erben herbeigeführt haben S. 112. 113. Ihrer Aufstellung steht jedoch nicht nur das sächsische Recht entgegen S. 114, sondern auch dem einen viel zu allgemeinen national-öconomischen Princip, — schon von Fischer zum Grund seiner Gesammteigenthumstheorie gemacht, — das ganze Wesen der germanischen Rechtsaufzeichnung S. 114. 115. Jede ursprüngliche Beschränkung des Einspruchsrechtes auf ein bestimmtes Maß des Grundbesitzes wird durch die Geschichte selbst ausgeschlossen S. 115. 116; ebendamit die Theorie von Hahns S. 116, Anm. 2. Schließlich liegt in der Begründung jenes Rechts durch die politische Bedeutung des Landeigenthums für die Familie keine Verwechslung mit dem Zweck desselben S. 117. — Walters Vereinigung der Ansichten von Beseler und Sandhaas befriedigt nicht S. 117. 118.

§. 19. Siegel. — Gerber. S. 119—122.

Siegel hat gegen den Charakter des germanischen Rechts eine rein privatrechtliche Begründung des ganzen Instituts versucht, sie reicht jedoch nicht aus und die Auffassung des Einspruchs als eines Erbverzichts ist unhaltbar S. 119. 120. Dadurch, daß man den Ursprung des Einspruchsrechts in der politischen Bedeutung des Grundeigenthums findet, wird dieses selbst noch nicht ein öffentlich rechtliches Institut S. 120. Vielmehr ist die Ansicht Gerbers die richtige. Ohne Eigenthümer zu sein haben die zuwartenden Erben schon unmittelbar gegenwärtige Vortheile von dem Grundeigenthum, das in der Hand eines Familiengliedes vereinigt ist, und diese zu schützen dient das Einspruchsrecht S. 120 ff.

B. Mittlere Zeit. S. 123—252.

I. Die Urkunden als Uebergang zur mittlern Periode. S. 123—141.

§. 20.

Wenn auch die Urkunden meistens einen unjuristischen Charakter tragen, vermißt man doch selten die Erwähnung der Erben, selbst bei Rechtsgeschäften mit der privilegirten Kirche S. 123. Urkunden aus dem VIII. Jahrh. S. 124—127. Die Erben handeln vielfach als Zeugen; aber schon ihre Anwesenheit im Gerichte reicht zum Verzicht hin, weßhalb eine allgemeine Ausschließungsformel genügt S. 125. IX. Jahrh. S. 127—129. Einfluß kirchlicher Privilegien S. 128. Neben der Mitwirkung der Erben coadunata manu findet sich die allgemeine Ausschlußformel S. 129. X. Jahrh. S. 130. 131. Abnehmen von Schenkungen weltlicher Privaten. Aber selbst zu Geschäften mit der Kirche werden die Erben beigezogen S. 130. XI. Jahrh. S. 131—135. Größere Bestimmtheit der Urkunden S. 131 und schärfere Hervorhebung des Juristischen S. 132. Die nächsten Erben als Salmannen S. 133. Aeußerungen im Hofrecht S. 133. XII. Jahrh. S. 135—140. Uebereinstimmung der Volksrechte S. 135. Proceß noch zu Lebzeiten des Veräußerers S. 136. Trotz der Unbestreitbarkeit des Einspruchsrechtes finden sich doch nur allgemeine Ausschlußformeln S. 137. 138. Aber nicht blose Sitte war der Einspruch S. 138. Uebergabe coadunata manu S. 138. XIII. Jahrh. 140. 141. Bestätigung des durch Gewohnheitsrecht erhaltenen altgermanischen Zustandes in den Spiegeln.

II. Einleitung. S. 141—159.

§. 21. 1. Untergang der alten Verfassung. S. 141—149. Nicht das Königthum zerstörte die staatsrechtliche Bedeutung des Grundbesitzes S. 141, sondern der Untergang der Gauverfassung S. 142, deren Grundlage die gleiche Theilung des Grundbesitzes durch die Berührung mit reich begüterten Galliern und Römern S. 142, den Einfluß des römischen Rechts und der Kirche S. 143 zerstört wurde. Hierzu trat die Lösung der starken Familienbande und der Einfluß der Immunitäten S. 143. Es entstanden Abhängigkeitsverhältnisse Freier gegen Freie und das alte Princip der Freiheit endete damit S. 143. 144, so daß auch die Beziehung zwischen Freiheit und Grundbesitz keine sich bedingende blieb S. 144. Ein Theil der Freien stieg zu dem bevorrechtigten Stande des Adels empor, während ein anderer Theil zu dem Stande der Hörigen herabsank S. 145. Lehen- und Hofrecht entwickelten sich S. 145; die Gauverfassung aber fiel in Folge der Umwälzung im Grundbesitze S. 146, dessen staatsrechtliche Bedeutung

für des Erblassers Schulden haften, so gehören doch Schulden und Forderungen zum Nachlaß S. 164. Noch weniger aber kann das Erbrecht ein dingliches Recht an den Immobilien des Erblassers sein S. 165; denn die Fahrhabe ist nicht blose Pertinenz der Grundstücke sondern selbständiger Gegenstand des Erbes S. 166, wie Schulden und Forderungen S. 167, außer man würde verschiedene Erbrechtsarten unterscheiden S. 168. Sowenig ferner der Ausdruck consenserunt et renuntiarunt für jene Ansicht beweist S. 168, eben so sehr steht ihr der Begriff des Erbverzichts selbst entgegen S. 169. 170.

§. 24. 2. Subject. S. 171—180.

Wenn auch die Urkunden Erben der verschiedensten Art nennen, versteht sich doch insbesondere um der Rechtssicherheit willen, daß hier eine bestimmte Grenze und Reihenfolge herrschen mußte S. 171. Aus den Quellen läßt sich aber eine umfassende Antwort nur selten geben S. 172, weil hierüber verschiedene Gewohnheiten herrschen mußten S. 173. Jedenfalls aber entschied unter den in abstracto berechtigten Erben die Nähe des Grads und konnte nur der Erbe, welcher zur Zeit der Veräußerung der nächste war, das Einspruchsrecht haben S. 173. Dies folgt sowohl aus den Quellenzeugnissen S. 174, 175, als aus dem Begriff von Erbe S. 175 und der Klage des verletzten Erben S. 175. 176. Derselbe Grundsatz tritt bei der Anbietungspflicht im Fall echter Noth und dem spätern Retract ein S. 177; auch stellt man Bürgen, daß die zustimmende Person der nächste Erbe sei S. 177. Die Menge der in concreto beigezogenen Personen erklärt sich theils wie sonstige Cautelen aus der Rechtsunsicherheit S. 177, theils aus andern Rechtsgründen, als dem des Einspruchsrechts S. 178. Das eheliche Güterrecht insbesondere bewirkte die Zuziehung der Ehefrauen, Schwiegersöhne und Schwäger S. 178. 179. Keime der Lockerung des Instituts S. 180.

§. 25. 3. Object. S. 180—194.

In der Regel steht das Einspruchsrecht bei allen Veräußerungen von Liegenschaften zu ohne Unterschied zwischen gewonnenem und Erbgut S. 181. Ebenso unterliegen ihm Unfreie, nur bei Tausch und Bestellung einer Morgengabe findet hier eine Ausnahme statt S. 182. 183. Diese Strenge beschränkte sich bald in den Städten, von denen der stärkste Angriff gegen das Stammgutssystem erfolgte, auf Erbgut S. 183. 184. Der Begriff des letztern S. 185. Durch Testament zugefallene Güter gelten als wohlgewonnen S. 185. 186. Dagegen bilden sowohl die durch Abschichtung und Aussteuerung erworbenen Grundstücke Erbgüter S. 186 f., als die von einem Ehegatten auf den andern vererbten S. 187. Durch den Tod des einen Ehegatten wird aber auch das Gut des andern Erbgut S. 188. Die gleiche Beschränkung

erfolgte aber auch im Landrecht S. 188 f. Sie ermöglichte die Fixirung des Einspruchsrechtes auf eine Quote oder Rente, ja selbst die freie Vereinbarung über die Erbgutsqualität S. 189. 190. Endlich bezeichnete Erbgut nur solche Grundstücke, welche von Ascendenten herrühren S. 190. Dieser Entwiklungsgang tritt im östreichischen S. 191 und schlesischen Landrecht zu Tage S. 192. Aber selbst gänzliche Aufhebung des Rechts schon im XII. Jahrh. erhellt aus einem Statut von Gent S. 190 und im Anfang des XIV. Jahrh. aus einem Gesetz der Probstei Naumburg S. 192, sowie in Urkunden über Rechtsgeschäfte, Weisthümern und Schöffenurtheilen S. 193. Dagegen unterliegt Fahrhabe dem Einspruchsrechte nicht S. 193. 194.

§. 26. 4. **Umfang.** S. 194—203.

Bei jeder Veräußerung greift das Einspruchsrecht Platz S. 194—196, daher auch bei einer nur theilweisen, insbesondere bei der Bestellung einer Leibzucht S. 196, oder nur mittelbaren, wie bei der Eigenbegebung oder Vormundschaft eines entferntern Agnaten S. 196. 197. Unbeschränkt dagegen war der Austausch von Leibeigenen oder ihre Hingabe als Morgengabe, sowie die Eigenbegebung an Pfarrkirchen, während bei derjenigen an Klöster der Erbe Theilung verlangen konnte S. 198. In echter Noth beschränkte sich das Einspruchsrecht auf einen Vorkauf nach vorangegangener Anbietung S. 198. 199, die gewöhnlich im Echteding S. 200 an den einspruchsberechtigten Erben S. 201 erfolgte. Die Noth mußte eine ehehafte und unverschuldete sein S. 201. 202. Inhalt der Urkunden über Veräußerungen aus echter Noth S. 202. 203 und rechtliche Natur des Vorkaufsrechtes S. 203.

§. 27. 5. **Entstehung, Ausübung und Endigung.** S. 204—210.

Das Einspruchsrecht beginnt für den nächsten Erben mit der Geburt und Anerkennung als Rechtssubject. Mängel in diesen Voraussetzungen treten ein durch die Körperbeschaffenheit des Gebornen, uneheliche Geburt, Unebenbürtigkeit, Eintritt in den klösterlichen Stand, Indignität und Friedlosigkeit S. 204. 205. Nicht die Nachgeborenen, wohl aber die Unmündigen können eine ohne ihre Zustimmung erfolgte Veräußerung anfechten S. 205. 206, weßhalb oft Bürgschaft S. 206 bis zu erreichter Mündigkeit S. 207 geleistet wurde, da der Vormund den Consens gewöhnlich nicht suppliren konnte S. 208. Die Ausübung des Einspruchsrechtes erfolgt im Echteding, wobei übrigens die Form gleichgültig und Anwesenheit ohne Widerspruch genügend erschien S. 208. 209, und selbst diese ließ sich durch Ratihabition, Klagverjährung oder vorausgehenden Consens ersetzen S. 210. Das Einspruchsrecht endet durch ausdrückliche Entsagung, Verjährung und Austritt aus dem Erbenverhältniß S. 210.

§. 28. 6. Schutz. S. 210—230.

Die Klage des verletzten nächsten Erben ist eine Klage um Eigen, gestützt auf die Fiction eines erfolgten Erbgangs S. 210—212. Obgleich dieser Grundsatz auch sonst Anwendung findet S. 212, stellte ihm doch Eckardt ein anderes Princip entgegen, daß nämlich dem Eigenthum des Erben durch den Verzicht des Veräußerers auf sein Eigenthum Platz gemacht werde S. 213. Allein einerseits begründet dieses Princip, das sich in den Quellen nicht findet, den Eigenthumsübergang nicht, andererseits liegt nicht in jeder Veräußerung ein Verzicht auf das Eigenthum S. 213. 214. Siegel legt der Eigenklage den Grundsatz unter, daß wer sich ein größeres Recht anmaße, auch die Befugniß verliere, in welcher er bisher geschützt wurde, der beschränkt Berechtigte aber nunmehr der einzig Berechtigte werde S. 214. Allein der veräußernde Eigenthümer maßt sich kein größeres Recht an, eine Ansicht, die entfernt nicht in den Quellen liegt S. 215, sondern vielmehr durch die Begründung der letztern widerlegt wird S. 216, endlich überhaupt ganz unbewiesen bleibt S. 216 und den Eigenthumsübergang nicht erklären kann S. 217. Die Klage ist vielmehr die Vindication ererbter Immobilien. Der Erwerber erscheint dem Erben gegenüber als ohne Auctor und das Eigenthum wird dem siegenden Kläger zuerkannt S. 217, ohne daß es auf die Absicht des Veräußerers ankommt, den Erben an seinem Rechte zu kränken S. 218. 219. Der Eigenthumsübergang selbst erfolgt erst durch die Anfechtung S. 220. Zum Schadensersatz ist der Veräußerer, nicht der vindicirende Erbe verpflichtet, außer dieser hätte jenen beerbt; noch weniger zu Buße und Wette S. 220. 221. Die Klage kann schon zu Lebzeiten des Veräußerers angestellt werden, vererbt aber erst nach ihrer Erhebung S. 221—223, welche am Ort der belegenen Sache erfolgt S. 223. Sie verjährt binnen Jahr und Tag von Zeit der Auflassung S. 224. Ausnahmen treten ein bei ehehafter Noth, Abwesenheit außer Landes, Unkenntniß von der Auflassung und Unmündigkeit des nächsten Erben S. 225. Abfluß der Verjährungszeit ersetzt den Mangel der Zustimmung, ohne daß entferntere Verwandte nach Ablauf derselben oder bei erfolgtem Consens des nächsten Erben ein Klagrecht hätten S. 226. Siegels Meinung, durch Uebertragung einer „Gewere zu Anwartung“ erhalte der Bedachte die Lage des gesetzlichen nächsten Erben ist unrichtig S. 227—230.

IV. Stellung im Systeme des deutschen Rechts. S. 230—252.

§. 29. Sachen-, Forderungen-, Familien-Recht. S. 230—240.

Sachenrecht S. 230. 231. Das Einspruchsrecht machte die öffentliche Auflassung des Grundeigenthums nothwendig, Mobilien unterlagen ihr daher nicht; bei wohlgewonnenem Gute dagegen wurde sie auch da

beibehalten, wo der nächste Erbe ein Recht an ihnen nicht mehr hatte S. 230. 231. Forderungenrecht S. 231—235. Gingen Forderungen auf Uebertragung von Grundeigenthum, das dem Einspruchsrecht unterlag, so verpflichteten sie den nächsten Erben ohne seine Zustimmung nicht S. 231. 232. Da diese Beschränkung des Obligationenrechts dem städtischen Verkehr durchaus widersprach, sank das dingliche Einspruchsrecht zum obligatorischen Familienretract herab, der nicht im römischen Recht, sondern in der deutschen Rechtsentwicklung seinen Ursprung hat S. 232—235. Familienrecht S. 235—240. Das mittelalterliche System der Gütereinheit steht in nothwendiger Beziehung zum Einspruchsrecht S. 235. 236; aber auch bei den Instituten des Heirathsguts, der Aussteuer, Morgengabe und des Witthums zeigt sich sein Einfluß S. 236. 237. Gütergemeinschaft wurde durch das Stammgutssystem ausgeschlossen, daher denn die von den Städten ausgehende Entwicklung der erstern die Zerstörung des letztern mitverursachte S. 237—239. Die Vormundschaft erscheint losgetrennt von der früheren Stellung des nächsten Erben als einfache cura bonorum S. 239. 240.

§. 30. Erbrecht. S. 240—247.

Da das Stammgutssystem den Ausschluß der Immobilien von der Schuldhaftung und die Zersplitterung des Nachlasses in verschiedene Complere mit sich brachte, so mußten von selbst die Ideen einer Vermögenseinheit im Nachlaß und einer Uebernahme der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Erblassers ausgeschlossen bleiben S. 240—243. In gleicher Art steht der unmittelbare Eintritt in die Vermögensrechte des Erblassers als einzelne ohne Antretung, der Ausschluß einseitiger letztwilliger Dispositionen, endlich die Erbfolgeordnung mit jenem Systeme im Einklang S. 244. 245. Die Entwicklung des deutschen Rechts selbst aber bewirkte eine gänzliche Erschütterung durch die Aenderung dieser Grundsätze und arbeitete dadurch den Wirkungen des römischen Rechts vor S. 245—247.

§. 31. Lehen= und Hofrecht. S. 247—252.

Auch hier finden sich Rechte und Pflichten an den Grundbesitz geknüpft; mit der Entwicklung der Erblichkeit wurde daher das Einspruchsrecht des nächsten Erben in analoger Weise übertragen S. 247. Wie es sich unter der Einwirkung des italischen Lehenrechts im deutschen mit Beschränkung auf die Descendenz allmälig volle Anerkennung verschaffte S. 248. 249; so drang es auch im Hofrecht durch, blieb jedoch auf Erbgut beschränkt, im Fall echter Noth zum Vorkauf herabsinkend S. 249—252.

C. Neueste Zeit. S. 253—292.

Ueberreste und Neugestaltungen. S. 253—292.

Vielmehr nahm das deutsche Recht selbst einen die ursprüngliche Bevorzung des Mannsstamms zerstörenden Entwiklungsgang S. 265—269. Gegen die ihm nachtheiligen Folgen desselben schützte sich der Herrenstand durch freie Rechtshandlungen in der Weise des mittelalterlichen Rechts und durch Töchterverzichte. So erzeugte sich unter dem Einfluß des Lehenrechts ein eigenes Adelsrecht, das gegen das römische durch Gesetz und Gewohnheit aufrecht erhalten wurde und die Töchter den Söhnen oder Stammesvettern im Erbrecht nachstellte S. 270—274. Die Natur des Verzichtes der Töchter änderte sich mit der Anerkennung ihres Ausschlusses von dem Gut des Stammes als einer Rechtsnorm S. 274. 275. Dieses Ziel der Erhaltung des Stammgutes zu erreichen, wurden auch die Dispositionsbeschränkungen des Grundbesitzers durch die Erben, wie sie im alten Recht gegeben waren, beibehalten und durch den Retrakt der Agnaten verstärkt S. 275. 276.

§. 36. IV. Das Familienfideicommiß. S. 277—292.

Das Familienfideicommiß ist ein Erzeugniß der Doctrin, die sich bemühte, die Unveräußerlichkeit der Familiengüter und den Vorzug des Mannsstammes bei der Succession in dieselben mit dem römischen Recht unter Hervorhebung des neuen Princips der Aufrechthaltung des Glanzes der Familie zu vereinigen S. 277. 278. Die Wissenschaft faßte nämlich jene Grundsätze nicht als gewohnheitsrechtliche Festhaltung und Entwiklung nationaler Gedanken auf, sondern unterstellte sie entweder dem römischen Recht oder betrachtete sie nicht als Anwendung sondern als Erzeugung von Rechtsnormen, eine Befugniß, die an die neue Landeshoheit angeknüpft wurde S. 278. 279. So insbesondere Betsius S. 279. 280. Er hält jedoch das Familienfideicommiß für das sicherste Mittel, jene Zwecke zu erreichen, zu dessen Unterstützung er noch die Idee der successio ex pacto et providentia majorum beizog S. 281. 282. Diese Auffassung erweiterte Knipschildt, indem er insbesondere das römische Fideicommiß benützte, um es aber schließlich weit über seinen Inhalt auszudehnen und darunter jede Anordnung zu begreifen, wodurch die Güter einer Familie zum Besten des Mannsstammes erhalten bleiben sollen S. 283. 284. Diesem neuen Begriff unterlegte er als Princip die Erhaltung des Glanzes und Wohlstands der Familie S. 285. Seine Gedanken errangen den Sieg, so daß als Quelle des Fideicommisses eine positive Anordnung verlangt wird S. 286. Wie aber einerseits die Bezeichnung Familienfideicommiß herrschend wurde, entstanden andrerseits bald durch die Verwechslung des neuen Instituts mit dem alten Stammgut Verirrungen S. 287, gegen welche sich insbesondere J. H. Böhmer erhob, indem er die Anwendung römischer Grundsätze zurück- und dem neuen Institut seine Stellung als deutsches Rechtserzeugniß anwies S. 288.

289. Wenn er und sein Nachfolger J. St. Pütter S. 289 hierbei auch in historische Irrthümer geriethen, so haben sie doch der neuen Doctrin den Weg gebahnt, um das Rechtsinstitut des Familienfideicommisses consequent und in seinem Unterschied vom adeligen Stammgute aufzufassen S. 290—292.

S. 1 ist I. vor Einleitung zu streichen.
S. 33 ist in der zweiten Ueberschrift statt Derechtigung zu lesen Berechtigung.
S. 44 Z. 5 st. seinen l. jenen.
S. 78 Z. 18 st. haben l. sein.
S. 164 Z. 3 st. Erbblasser l. Erblasser.
S. 176 Z. 17 ist nach: und stirbt der nächste Erbe — vor den Worten: vor Ablauf der Verjährung — einzuschalten: nach Anstellung der Klage.

I. Einleitung.

Die politische Bedeutung des Grundeigenthums als Grundlage des Stammgutssystems.

§. 1.
Eigenthum an Grundstücken.

Die Frage über den Zusammenhang des politischen Lebens der Germanen mit der Seßhaftigkeit derselben auf Grund und Boden setzt eine Erörterung über das Wesen ihres Eigenthums an Grundstücken voraus. Denn es läßt sich nicht leugnen, daß, „kann man den ältesten Ackerbau und, wie man beifügen muß, das Eigenthum nicht darthun, von selbst Dorfordnung und Centenalsystem, Adel und Königthum, also ein Staatswesen unter den Händen verfliegt, und die Ortsverfassung unmöglich von vornherein erscheint.“ [1] Es gibt eine Ansicht, die das Stammgutssystem mit allein richtigem Sinne schon in die ältesten Zeiten deutscher Staatsentwicklung verlegt, seine Gründe in jenen findet und dasselbe aus dem innersten nationalen Leben der Germanen hervorsprossen läßt. Allein sie gründet sich nicht auf das Eigenthum des Individuums, sondern schreibt dasselbe der gens oder cognatio zu, dem Einzelnen nur wechselnde Bebauung und Fruchtbenützung des gentilischen Grund-

[1] Sybel, Schmidt's Zeitschrift für Geschichtswissenschaft. III. S. 342.

eigenthums gewährend. Hiernach wäre die Theorie vom Gesammteigenthum der Familie schon in der ältesten Zeit begründet. [2] Gegen diese Behauptung ist aber das Bestehen und die Wichtigkeit des Privatgrundeigenthums in politischer Hinsicht schon für die älteste Zeit geschichtlicher Forschung darzuthun.

Als die Römer mit den Deutschen bekannt wurden, waren diese schon aus dem Zustande des Nomadenthums in den der Seßhaftigkeit herausgetreten. Fischerei wurde nur mehr von den Küstenbewohnern der Nordsee betrieben [3] und auf die Jagd wenig Zeit verwendet. [4] Die Deutschen sind ein Ackerbau treibendes heerdenreiches Volk. Schon mit ihrem ersten Auftreten verbindet sich die Forderung derselben nach Land zum Anbau, ein Verlangen, das sich wiederholt, bis sie nach dem Schlusse der großen Wanderung zur Ruhe gekommen sind. [5] Wenn man sich hiergegen auf Cäsar's Berichte [6] berufen wollte, so übersah man, daß er das Bestehen von Ackerbau zugibt und nur die ausschließliche und im römischen Sinne kunstgemäße Betreibung desselben leugnet, wozu er um so berechtigter war, da er nur mit Volksstämmen in Berührung trat, die in kriegerischer Bewegung waren. Er hatte

---

[2] So Phillips, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. 1846. I, §. 86. §. 60. Unger, die altdeutsche Gerichtsverfassung. 1842. §. 2. Sybel, die Entstehung des deutschen Königthums, und in der Zeitschrift für Geschichtswissensch. von Schmidt. III. S. 293 ff.

[3] Plinius, Hist. nat. XVI, 1.

[4] Tacitus, Germ. cap. XV: Quotiens bella non ineunt, non multum venatibus, plus per otium transigunt.

[5] Flor. III, 3. Cimbri, Teutoni — misere legatos in castra Silani, inde ad senatum, petentes, ut Martius populus aliquid sibi terrae daret, quasi stipendium, ceterum ut vellet, manibus atque armis suis uteretur. — Caesar, bell. gall. I, 31. IV, 1. IV, 7. — Tac. ann. XIII, 54 sagt von den Friesen und Ansibariern: agrosque vacuos et militum usui sepositos insedere; jamque fixerant domos, semina arvis intulerant, utque patrium solum exercebant.

[6] Bell. gall. VI, 29. Minime omnes Germani agriculturae student. — Bell. gall. VI, 22. Agriculturae non student.

zum Ausgangspunkte seiner Darstellung den Charakter und die Verfassung des einen Volksstammes der Sueven gewählt. Wie viel inniger die Beschäftigung mit dem Ackerbau bei den mehr seßhaften Völkerschaften war, die Tacitus uns vorführt, zeigt sich durch seine ganze Darstellung. Speise und Trank weis't auf den Gebrauch des Getreides, die principes ehrt das Volk durch Gaben von Feldfrüchten, dem Unfreien überweis't der Herr Ackerland zum Anbau, und jener zahlt mit Getreide; nur zu karger Benützung jeder Scholle ist man nicht gezwungen.[7]

Die Stimmen zwar, welche den Ackerbau leugneten, sind verstummt; noch aber beruft sich die Ansicht, welche das Grundeigenthum der Gemeinde oder Familie oder Geschlechtsgenossenschaft zuspricht und nur den wechselnden Besitz, den Genuß einer Quote während bestimmter Zeit, den einzelnen Mitgliedern einer solchen Genossenschaft überläßt, zur Unterstützung dieser Behauptung vor allem auf Cäsar[8] und verbindet damit Tacitus.[9] Gewöhnlich ergänzt man den Bericht des letztern aus demjenigen Cäsar's und sucht in beiden den Beweis für die Nichtexistenz des Privatlandeigenthums der Deutschen. Allein durch sie wird die Annahme desselben nicht widerlegt. Denn man muß die Schilderung des Tacitus zu Grunde legen, zu dessen Zeit die Kenntniß der germanischen Zustände unter den Römern weit umfassender, mannigfach auch ein friedlicher Verkehr mit den Deutschen eingetreten und in der Entwicklung der deutschen

---

[7] Tac. Germ. XXVI. Nec enim cum ubertate et amplitudine soli labore contendunt, ut pomaria conserant, et prata separent, et hortos rigent, sola terrae seges imperatur. — Ein Gegensatz zwischen Sueven und Sachsen in der Art, daß die Sachsen die „seßhaften" Deutschen gewesen, die Sueven aber „schweifende", unstete, unseßhafte, Nomaden, läßt sich nicht erweisen.

[8] Caesar, bell. gall. VI, 22. Neque quisquam agri modum certum aut fines habet proprios; sed magistratus ac principes in annos singulos gentibus cognationibusque hominum, qui una coirent, quantum et quo loco visum est, agri attribuunt, atque anno post alio transire cogunt.

[9] Tac. Germ. cap. XXVI. Agri pro numero cultorum ab universis in vices occupantur, quos mox inter se secundum dignationem partiuntur; facilitatem partiendi camporum spatia praestant. Arva per annos mutant, et superest ager.

Cultur ein großer Schritt vorwärts geschehen war. Endlich sind die Nachrichten des Tacitus zuverlässiger, weil er mit Absicht das friedliche Staats- und Privatleben der Deutschen charakterisiren will, Cäsar aber seinen feindlichen Zusammenstoß mit einigen deutschen Völkern, die im Zuge nach Westen begriffen waren, besonders seinen Feldzug gegen die Sueven beschreibt.[10]

Um die Art des Anbaues zu erkennen, ist von Wichtigkeit, daß die Deutschen feste Wohnplätze hatten.[11] Sie trieben Ackerbau, indem sie entweder auf getrennten Einzelhöfen ganz selbständig wohnten, oder sich zu einer Dorfschaft, d. h. zu einem Verein mehrerer Höfe, zusammenthaten. Das stand im Widerspruch mit den städtischen Einrichtungen der Römer. Auch der Hörige erhält von dem Herrn einen eigenen Landsitz, einen eigenen Heerd. Als Zeichen seiner Abhängigkeit hat er einen Theil des Erlöses aus seiner Feldarbeit oder Viehzucht zu leisten. Er gleicht hierin ganz dem Colonen. Der Herr hat ihm also Grundbesitz angewiesen. Wie die gesonderte und zerstreute Ansiedlung, die nach Willkühr erfolgte, so läßt auch die freie Disposition, mit welcher der Herr über seinen Grund und Boden verfügte, den Schluß auf das ihm zustehende freie Privatigenthum zu, da er es sonst an seine Colonen nicht gegen eine Abgabe von Getreide hätte überlassen, überhaupt nicht darüber disponiren können, wenn ihm kein Eigenthum, sondern blos der Genuß einer auf Jahre oder längere Zwischenzeit überlassenen Nutzungsquote zugestanden hätte. Gewiß würde Tacitus, der die staatlichen Gegensätze zwischen Rom und Deutschland mit

---

[10] Cäsar und Tacitus können nicht auseinander ergänzt, sondern nur nebeneinander betrachtet werden. Beider Gesichtskreis ist ein verschiedener und der Cäsars viel beschränkter als der des Tacitus.

[11] Tac. Germ. cap. XVI. Vicos locant. — cap. XIX. per omnem vicum verbere agit. — Ann. XIII, 57. Ignes, terra editi, villas, arva, vicos passim corripiebant. — Germ. cap. XII. Jura per pagos vicosque reddunt. — Besonders aber cap. XVI: Nullas Germanorum populis urbes habitari satis notum est, ne pati quidem inter se junctas sedes. Colunt discreti ac diversi, ut fons, ut campus, ut nemus placuit. Vicos locant, non in nostram morem, connexis et cohaerentibus aedificiis: suam quisque domum spatio circumdat, — und cap. XXV.

so scharfem Auge aufsuchte, bestimmt ausgesprochen haben, es bestehe kein Grundeigenthum des Einzelnen.

Dieser Ausspruch soll aber in dem citirten[12] cap. XXVI stehen. Gewiß würde man ihn hier nicht gefunden haben, wenn man nicht Cäsar's Nachrichten damit combinirt hätte, der von den Sueven erzählt,[13] sie hätten nach ihrer streng militärischen Verfassung das Landeigenthum des Einzelnen aufgehoben und eine kriegerische Organisation durchgeführt. Dieser Stamm war es hauptsächlich, mit dem Cäsar in Berührung trat und dessen Einrichtungen er kennen lernte, obgleich er seine Behauptungen nicht einmal durchaus verbürgen wollte;[14] ein Stamm, welchen er bei Weitem für den größten und kriegerischesten hielt. Es lag nahe, dessen Charakter zur Grundlage der Vergleichung zwischen Celten und Deutschen zu machen und nur das eigenthümlich Suevische hierbei wegzulassen; beschreibt er ja doch gerade den Feldzug gegen die Sueven und geht von ihnen auf die allgemeine Schilderung der Deutschen über. Wie hätte er, der überhaupt nur Völkerschaften kennen lernte, die in Bewegung waren und ihre Sitze verlassen hatten, also den Sueven ziemlich glichen, die geringeren Eigenthümlichkeiten der kleineren Stämme gegenüber dem ausgeprägteren Charakter dieses Volkes zum Ausgangspunkt seiner allgemeinen Schilderung nehmen können, besonders da Feldgemeinschaft und Markgenossenschaft auch hier Aehnlichkeiten erzeugten. Nur so läßt sich diese Schilderung[15] mit seinen übrigen Angaben in Ein-

---

[12] S. Note 9.

[13] Bell. gall. IV, 1. Gens longe maxima et bellicosissima Germanorum omnium. Hi centum pagos habere dicuntur, ex quibus quotannis singula milia armatorum bellandi causa ex finibus educunt. Reliqui, qui domi manserint, se atque illos alunt. Hi rursus in vicem anno post in armis sunt; illi domi remanent. Sic neque agricultura nec ratio atque usus belli intermittitur. Sed privati ac separati agri apud eos nihil est, neque longius anno remanere uno in loco incolendi causa licet. Neque multum frumento, sed maximam partem lacte atque pecore vivunt.

[14] Centum pagos habere dicuntur.

[15] Caes. l. c. VI, 22. Agriculturae non student, majorque pars victus eorum in lacte, caseo, carne consistit, neque quisquam agri modum

klang bringen: sie enthält mit Weglassung der militärischen Einrichtung eine Uebertragung der Verhältnisse der Sueven auf die aller Deutschen überhaupt.[16] Aus Cäsar läßt sich eine sichere Antwort nicht gewinnen, doch spricht er sich nur hinsichtlich der Sueven gegen das Bestehen von Sondereigenthum aus.

Tacitus dagegen schildert in kurzen Zügen die Deutschen als ein Ackerbau treibendes Volk, wenn gleich der kriegerische Geist derselben, stets genährt durch das Drängen der Stämme unter einander und ihr Gedrängtwerden von Außen, der Möglichkeit dauernder Ansiedlung entgegentrat und ein Wechsel der Wohnsitze nicht selten war. Ihn hinderte auch die innere Organisation der Stämme nicht; denn die politischen Körperschaften waren noch ohne umfassenderen und zugleich innigen Zusam-

---

certum aut fines habet proprios; sed magistratus ac principes in annos singulos gentibus cognationibusque hominum, qui una coirent, quantum et quo loco visum est, agri attribuunt, atque anno post alio transire cogunt. Ejus rei multas afferunt causas; ne assidua consuetudine capti studium belli gerundi agricultura commutent, ne accuratius ad frigora atque aestus vitandos aedificent.

[16] Dieß erhellt aus einzelnen Vergleichungen der Angaben Cäsars. Abgesehen davon, daß es VI, 26 heißt: Germani agriculturae non student und VI, 29: minime omnes Germani agriculturae student; enthält die ganze Stelle beinahe eine Wiederholung von IV, 1 ohne die Militärverfassung. Alio transire beweist, daß von einem Fortziehen an einen andern Ort nach Jahresfrist die Rede ist, nicht von einem bloßen Feldschlag für das neue Jahr; aedificent, daß selbst die Wohnungen verändert werden. Das stimmt aber doch nicht zu Cäsars Behauptung (Bell. gall. IV, 1) rücksichtlich der Usipeten und Tenchtherer, die durch mehrere Jahre die Sueven glücklich von ihren Grenzen zurückgewiesen, nun aber schon 3 Jahre ihre Wohnsitze verlassen hatten, und über den Rhein zogen, nur um Ruhe zu erhalten. Der Wechsel der Wohnungen paßt auch schlecht zu den vielen andern Stellen, wo von oppida und vici gesprochen wird, die nicht jährlich wieder abgebrochen werden. IV, 3 spricht Cäsar den Sueven die Eigenthümlichkeit zu, rings um ihr Gebiet das Grenzland öde zu legen, VI, 3 kehrt dieß als gemeine Gewohnheit aller deutschen Stämme wieder; und doch bildet nach VI, 10 ein Wald die Grenze zwischen Cheruskern und Sueven. Damit, daß das Princip der suevischen Verfassung, die militärische Einrichtung, in VI, 22 weggeblieben ist, wurde der ganzen Stelle der Kern genommen und die übrige Motivirung eines jährlichen Wechsels der Wohn- und Landsitze, z. B. Abhärtung und gleichmäßiges Vermögen, erscheint schwach genug.

menhang. Da bei steigender Population stetes Ausbauen und Ausziehen sich als Nothwendigkeit ergibt, so wechseln die Stämme und Hundertschaften, wie gerade die Umstände es ihnen passend erscheinen lassen, entweder ihre Stätte ganz oder nehmen ein Stück Land, das seither als Mark gemeinsam benützt wurde, in Einzelbesitz und Genuß. Nicht von regelmäßigen Terminen ist die Rede, innerhalb welcher der Stamm wieder fortgezogen wäre, wie die Sueven des Cäsar; nicht von einem beständigen Wechsel des Grundbesitzes eines Geschlechts mit dem andern, wie ihn die Obrigkeit anordnete, — denn hierzu hätte es einer stärkeren Gewalt und innigeren staatlichen Concentration bedurft, als sie die Hundertschaft oder die Gaugemeinde selbst unter Königsherrschaft in sich trug; — es handelt sich vielmehr von der Besitznahme eines neuen Gebietes, das jetzt sogleich, soweit es zum Saatfeld dienen sollte, vertheilt wurde; oder von der Umwandlung seither gemeinsam benutzten Wald- und Wiesenlandes zu Ackerland.[17] Es war eine reelle Landtheilung unter die Gesammtzahl der Bebauer im Verhältniß zu ihrem Ansehen und ihrer Stellung.[18] Ist nun das zur Anblümung bestimmte Land den Einzelnen zugetheilt, so bewirthschaftet man es nach der Regel der Dreifelderwirthschaft: das Saatfeld wechselt man von Jahr zu Jahr, die Brache bleibt liegen.[19] Der Boden

---

[17] Dieses enthält die viel besprochene Stelle des Tacitus, Germ. cap. XXVI: Agri ab universis in vices occupantur, quos mox inter se secundum dignationem partiuntur: facilitatem partiendi camporum spatia praestant.

[18] Tac. l. c. Quos agros partiuntur. — Nach der entgegengesetzten Ansicht müßte man nothwendig eine gleichmäßige Vertheilung der Nutzung nach Quoten, also weder eine Theilung des Landes als solchen noch ein Zurückbehalten jenes übrig bleibenden Landes erwarten.

[19] Tac. l. c. Arva per annos mutant et superest ager. Denn arva, das bebaute Feld (von arare, bepflügen), steht hier dem ager entgegen (dem überhaupt zum Anbau bestimmten Felde). Es ist sprachlich unrichtig, mit arva und ager den gleichen Begriff zu verbinden, und so zu der Uebersetzung zu gelangen: es bleibt Saatland übrig. Freilich mußte es geschehen, um in der Stelle des Tacitus jene obige Cäsars wieder zu finden. Allein dieses Verfahren ist ungerechtfertigt. Darin, daß man neu in Besitz genommenes Land vertheilt, daß man die zur Saat bestimmten Grundstücke jährlich wechselt, liegt entfernt nicht Cäsars Nachricht über den Wohnsitz- und Landwechsel der

zerfiel in Saatfelder, in Wald und Wiese. Auf kunstgemäße Benutzung der letztern verwendet man keine Sorgfalt, man bestellt nur das Saatfeld.[20] Und nun schließt Tacitus seine Schilderung, indem er mit der Dreifelderwirthschaft auch die Eintheilung des Jahres in drei Jahreszeiten in Verbindung setzt.[21]

Neben der Dreifelderwirthschaft, welche Vereinigung in Dorfschaften und gemeinsame Anweisung und Benutzung des Baulandes voraussetzt, finden sich aber auch Einzelsitze.[22]

Daß man in Tacitus cap. XXVI nicht bloßen Wechsel der Nutzungsquoten unter den Genossen einer Geschlechtergemeinde finden kann, sondern daß hier vielmehr gerade die Zutheilung von Land zu Eigenthum beschrieben ist, dessen Bebauung nun beginnt, erhellt aus der Vergleichung von cap. XVI und cap. XXVI. Wollte man aber annehmen, daß eine solche Geschlechtergemeinde nach einer längern oder kürzeren Frist wieder einmal ein Land in Besitz genommen habe, so könnte man, wenn der Einzelne des Sondereigenthums nicht fähig ist, offenbar nur ein Eigenthum entweder des Geschlechts oder der Geschlechtergemeinde[23] statuiren. Gegen jede dieser beiden Möglichkeiten sprechen aber die Zeugnisse des Tacitus. Freilich führt

---

Sueven und den Mangel dauernden Sondereigenthums bei ihnen. Auch läßt sich kein Grund finden, warum man neues Saatland besetzte, wenn noch unvertheiltes Land vorhanden war. — S. dagegen bes. Sybel, Schmidt's Zeitschr. l. c. III, 311. — Maurer, Einleitung u. f. f. §. 5. N. 21.

[20] Tac. l. c. Nec enim cum ubertate et amplitudine soli contendunt, ut pomaria conserant et prata separent et hortos rigent (offenbar auf Baumzucht und Wiesenkultur der römischen Landgüter anspielend); sola terrae seges imperatur.

[21] Tac. l. c. Unde annum quoque ipsum non in totidem digerunt species; hiems et ver et aestas intellectum et vocabula habent (Sommer-, Winter-, Brachfeld): autumni perinde nomen ac bona ignorantur (Baumzucht).

[22] Tac. cap. XVI. Colunt discreti ac diversi. Dieß spricht gegen den aus Tac. Germ. cap. XXVI und Caes. bell. gall. VI, 22 geführten Beweis der „Idee einer genossenschaftlichen Innehabung ganzer Landstriche, also eine Art von republikanischem Territorialprincip" (Zöpfl, R.G. II. 2. §. 97).

[23] Sybel in Schmidts Zeitschr. l. c. S. 308.

man noch als weiteren Grund gegen das Bestehen von Sondereigenthum den der historischen Continuität an.[24] Denn Feldgemeinschaft und Markensystem, die noch in späterer Zeit vorkommen, — die Ausnahmen von der allgemeinen Regel, daß auch bei gemeinsamer Bewirthschaftung dem Einzelnen das Eigenthum zustehe, — könnten nur als Reste des älteren Zustandes gedacht werden, es müsse also früher Gesammteigenthum bestanden haben. Das Sondereigenthum sei erst später entsprungen, nachdem man den Werth der Liegenschaft durch die Berührung mit Celten und Römern kennen gelernt und die Seßhaftigkeit als Vorbedingung der Cultur erkannt hatte. Auffallend daß diese Bildungsfähigkeit der Deutschen zur Seßhaftigkeit sich gerade während der Völkerwanderung entwickelt; daß sie vorher nicht da war und doch in den Quellen sich findet; daß sie so gleichmäßig bei allen Völkern während der Wanderung sich entzündet und auch keines derselben baar ist; daß endlich das Eigenthum des einzelnen Rechtssubjects den Anspruch auf historische Continuität nicht machen soll, — da doch mit dem Begriff der freien Persönlichkeit selbst die Nothwendigkeit ihrer Aeußerung und besonders der dauernden objectiven Gestaltung ihres Willens im Grundeigenthum von selbst gegeben ist und nur künstliche, positive, von einer stark centralisirenden Regierungsgewalt getragene Rechtsbildungen Besitzverhältnisse der angeführten entgegengesetzten Art zu schaffen vermögen.

§. 2.
Grundeigenthum und Gemeindeverfassung.

Mit einfachen aber starken Zügen tritt uns das Bild der germanischen Verfassung entgegen. Es ist die Volksgemeinde, die ein durch Stammeseigenthümlichkeit zusammengehaltenes, auf einem natürlich begrenzten Gebiete zur Entwicklung gekommenes politisches Ganzes bildet. Diese Volksgemeinde, durch gemeinsamen Namen und gleichen Volkscharakter mehr als durch das politische Band einer gemeinsamen Obergewalt zusammengehal-

[24] Sybel l. c. S. 310.

ten, zerfiel in Hundertschaften.[1] Es ist die Hundertschaft ein Bezirk, der 100 Höfe in sich faßte, d. h. die Sitze von 100 freien Grundeigenthümern. Der Gau als Gebiet einer Völkerschaft zerfiel in eine Anzahl solcher Bezirke, die Gebiete der Hundertschaften.

Diese Eintheilung des Landes ist mit derjenigen des Heeres gleicher Art. Wie das Land in Gebiete von 100 Höfen, das Volk in Abtheilungen von je 100 Hofbesitzern, so zerfiel das Heer in Haufen von je 100 Mann, deren Führer, centenarius, in seinem Namen die Umgrenzung seiner Macht ausdrückt. Derselbe centenarius findet sich aber wieder als Vorsteher der Hundertschaft im Frieden, als princeps des Tacitus. Die Gliederung des Heeres gestaltete sich wie die Gliederung des Volkes, des Landes; denn Volk und Heer sind identisch, und letzteres nur eine zeitweise, durch die Umstände nothwendig gewordene Gestaltung des im Gau angesiedelten Volkes. Der regelmäßige politische Zustand ist der des Friedens: er ist daher die Basis aller Gliederung; Kampf ist nur der Schutz desselben. Der princeps, im Frieden Richter und Vorsteher der Hundertschaft, bleibt ihr Führer und Vorsteher im Kriege; die Hundertschaft, im Frieden die begrenzte Abtheilung von freien Grundbesitzern, behält ihren Charakter auch im Kriege als Heerhaufen.[2] Die ursprüngliche Niederlassung und Anseßigmachung selbst erzeugte

[1] Die Centenen oder Centanen der Franken, die Hundredes der Angelsachsen, die Huntaris der Alamannen, die Hundaris der nordischen Quellen. Grimm, R.A. S. 532, 533. — cfr. Gemeiner, die Verfassung der Centenen. S. 10 ff.

[2] Mit dieser Behauptung unterzieht man sich nicht dem Vorwurfe, Einrichtungen einer viel spätern Zeit, die den Heerdienst an den Besitz eines Grundstücks von bestimmter Größe band, auf Zeiten zu übertragen, deren Ferne solche Rückschlüsse verbiete. Auf jene spätere Weise war in der ursprünglichen Verfassung der Kriegsdienst keineswegs mit Besitz von Grund und Boden verbunden. Karls des Gr. Maßregel war eine rein administrative, hervorgerufen durch die drückende Last des Kriegsdienstes. Er macht ihn aber nicht erst abhängig vom Grundbesitz, sondern ließ dem Recht der Waffenfähigkeit die alte Grundlage der Freiheit, nur über die Weise der kriegerischen Leistung, das adjutorium, und den Umfang des liegenden Vermögens, das zur Bestreitung des Kriegsdienstes verpflichtet, traf er administrative Normen.

diesen Zustand. Jeder Stammesgenosse erhielt sein Grundeigenthum für sich zugetheilt; die politische Vereinigung dieser Stammesgenossen geschah nach Hundertschaften; die Hundertschaft aber stellte ihren Heerhaufen, wenn die Gauversammlung oder der ganze Stamm den Krieg beschlossen hatte. So trug die Ansetzigkeit selbst die Verbindung des Heerdienstes mit dem Besitz von Grund und Boden in sich als eine aus der ganzen Verfassung sich ergebende Nothwendigkeit.[3]

Das Gebiet der unter dem centenarius stehenden Hundertschaft, die Höfe der 100 freien Grundbesitzer, bildet die Grundlage der staatlichen Gliederung in der ältesten Zeit. Die Hundertschaft enthält den Kern des erwachenden politischen Lebens; ihre regelmäßige Versammlung hat innerhalb ihres räumlichen Bezirks die Gesetzgebung; vor ihr fanden die ceremoniellen Rechtsgeschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit: Mündigkeitserklärung, Freilassung, Verehelichung, Eigenthumsübertragung, statt. Zugleich bildete sie das Gericht, das über Buße und Bestrafung wie den Proceß über Eigen entschied. In der Versammlung der Hundertschaft erschienen aber als gleichberechtigte Mitglieder alle mitbetheiligten Ansiedler. Sie war somit die Versammlung der freien Grundbesitzer, da nur der Freie des echten Eigenthums fähig war (§. 4), von dem die Theilnahme an der Volksversammlung abhing.[4] Jeder Freie, der wehrhaft gemacht war, konnte und mußte auch bei der regelmäßigen vom princeps geleiteten Versammlung der Hundertschaft erscheinen,

[3] Tacitus Germ. cap. VI: Definitur et numerus: centeni ex singulis pagis sunt, idque ipsum inter suos vocantur; et quod primo numerus fuit, id nomen et honor est. Die Anzahl der Krieger ist also eine bestimmt normirte: je 100 derselben stellt der einzelne pagus. Was könnte dieser pagus anderes sein, als die Hundertschaft, da der die Hundertschaften einigende Begriff von Tacitus mit civitas bezeichnet wird (Weiske, Grundlagen der Verf. S. 6 fg.)? Hinsichtlich der nordischen Quellen vgl. Waitz, Verf.Gesch. I. Hiernach stellte die Hufe den Mann, es gab keinen andern Maßstab der Dienstpflicht eines Distriktes, als die Anzahl der in ihm enthaltenen Höfe.

[4] Daß der Unfreie hier zu erscheinen nicht berechtigt war, beweist der Ausspruch des Tacitus: concidunt armati; denn nur der Freie durfte Waffen tragen.



und so kommt ihm Beschlußfassung und Urtheilsfällung in der Gemeinde zu.[5]

Das höhere Band der Einigung für die Hundertschaften bildete die Gauversammlung. Wie die Hundertschaft hatte auch der Gau, das Gebiet der ganzen Volksgemeinde, seine regelmäßig wiederkehrende Versammlung. Sie unterschied sich von derjenigen der Hundertschaft durch die Wichtigkeit der Gegenstände.[6] Natürlich konnte auch von dieser höheren Versammlung nur der freie, auf seinem Hofe anseßige Grundeigenthümer Mitglied sein.[7] Der Gau ist nicht wie die Hundertschaft eine politische Eintheilung, sondern der Grund, auf dem der junge Staat sproßt, dasjenige Gebiet, das der gesammte Stamm occupirte, nicht wie die Hundertschaft derjenige Bezirk, der den Einzelnen zugetheilt wurde. Ueber dem Gau steht daher keine höhere Einigung.

So war demnach der Besitz eines Hofes die Voraussetzung der Theilnahme an dem politischen Verbande. Nur wer in der Hundertschaft anseßig war und über eine Hofstätte als freies Eigenthum zu verfügen hatte, war fähig, in der Volksgemeinde seine Freiheit und sein Recht zu wahren. Hier erschien er als der Repräsentant eines Theiles des Gebietes selbst, mit starker Wurzel an die Gemeinde gebunden. Was ihn anging, betraf auch die Gemeinde durch seinen Zusammenhang mit dem Gebiet, und umgekehrt. Allein nur der Freie war des Eigenthums fähig, nur er konnte also Repräsentant einer Hofstätte sein, demnach war auch nur er vollberechtigtes Glied der Gemeinde. Unfreiheit ist die Ausschließung von dem Rechte und dem Schutze der Volksgemeinde, also Abhängigkeit von Privat-

---

[5] Tac. Germ. cap. XII: Eliguntur in iisdem conciliis et principes, qui jura per pagos vicosque reddunt. Centeni singulis ex plebe comites consilium simul et auctoritas adsunt. In dieser Stelle ist von den principes, den Vorstehern der Hundertschaften die Rede und zwar von ihrer hauptsächlichsten Function, der Rechtspflege. Der princeps trägt der versammelten Gemeinde vor und diese entscheidet. Auch hier besteht die Gemeinde, die Recht und Urtheil findet, aus der Versammlung der 100 freien Grundbesitzer.

[6] Unter dem concilium des Tacitus ist hauptsächlich sie verstanden.

[7] Tac. Germ. cap. XI.

gewalt, da nur die Theilnahme an der Volksversammlung die Möglichkeit, sein Recht zu schützen, geben konnte.

Schon zu der Zeit des Tacitus hatte freilich der Begriff der Hundertschaft seine wirkliche Bedeutung verloren; denn es waren nicht gerade nothwendig 100 Höfe, welche sie bildeten. Der alte Name, das Wesen und die Bedeutung der Hundertschaft dauerten fort, der strenge Zahlbegriff hatte sich verloren. [8] Allein der Grundbesitz blieb als Voraussetzung der Berechtigung. Schon vor der Erwerbung von Grundeigenthum konnte der Sohn mit den Waffen bekleidet, wehrhaft und mündig werden, und insofern hatte er Selbständigkeit von der väterlichen Gewalt und Anspruch auf den Schutz der Gemeinde errungen; allein noch fehlte ihm das zweite Erforderniß voller Berechtigung innerhalb der Gemeinde, der Grundbesitz. Vorher konnte er weder als stimmberechtigtes Gemeindeglied gelten, noch sein Recht und seine Freiheit selbst wahren. Deshalb blieb er, wenn er auch zwar frei und waffenfähig und insofern Glied des Staates war, doch im Schutzverhältnisse zu seinem Vater, da er nicht selbst sein Recht schützen und vor der Gemeinde auftreten konnte, insofern ihm freier Grundbesitz fehlte. [9]

Daß diejenigen Volksgenossen, welche unter sich in das Verhältniß der Markgenossenschaft zusammentraten, natürlich an den Rechten einer solchen Verbindung nur Theil haben konnten, wenn sie mit Grund und Boden anseßig waren, versteht sich von selbst. Allein eine organisirte Markgenossenschaft wurde nie die Grundlage der politischen Verbindung, sondern ging neben der staatlichen Entwicklung ihren eigenen Gang. Die Mitglieder der Hundertschaft entschieden über Grund und

---

[8] Tac. Germ. cap. VI: Quod primo numerus fuit, id nomen et honor est.

[9] Cassiodor. Var. I, 38: Aetatem legitimam virtus facit, et qui valet hostem confodere, ab omni se jam debet tuitione vindicare. — Tac. Germ. cap. XIII: sed arma sumere non ante cuiquam moris quam civitas suffecturum probaverit. Tum in ipso concilio vel principum aliquis vel pater vel propinguus scuto frameaque juvenem ornant. Haec apud illos toga, hic primus juventae honos: ante hoc domus pars videntur, mox reipublicae.



Boden. Waren doch sie die berechtigten, betheiligten Glieder und Inhaber des von ihnen besetzten Gebiets. [10]

Das germanische Staatswesen beruht auf dem Unterthanenverhältniß der freien Grundbesitzer zur Volksversammlung. Neben diesem Verhältniß der staatlichen Unterwerfung bestand keinerlei Herrschaft über den Freien. Denn die Leibeigenschaft war die privatrechtliche Unterwerfung eines, im Gemeinwesen als vollkommenes Rechtssubject nicht anerkannten Individuums unter die Gnade des Freien. Wo ein Stamm monarchisch regiert wurde, hatte dies auf das Unterthanenverhältniß keinen weitern Einfluß. Denn selbst der König war gewählt in der großen Versammlung des Gau's, also von den Mitgliedern sämmtlicher Hundertschaften seines Gebietes. Ihn unterschied von dem princeps einmal der Umfang seiner Macht; er allein hatte das Amt des Gauvorstandes auf Lebenszeit. Das zweite unterscheidende Moment im Begriffe des Königthums liegt in der Erblichkeit seiner Würde, die an eine Familie des Adels geknüpft erschien, aus welcher durch die Wahl der Volksgenossen der König selbst genommen wurde. Allein den Unterthanenverband änderte dies nicht; monarchische Gewalt erzeugte keine

[10] Daß die Dorfgemeinden in Markgenossenschaften stehen mußten, ist nicht einzusehen. Für die erste Zeit der Ansiedlung ist es weit wahrscheinlicher, daß bei der großen Menge unbebauten Bodens hierüber gar kein fest normirtes Rechtsverhältniß sich gebildet hatte. Jeder wird für seinen Bedarf gesorgt haben. Allein Nützlichkeitsrücksichten mochten früher oder später Vereinigungen dieser Art herbeiführen; und so mögen insbesondere gar bald die Dörfer Markgenossenschaft und Dreifelderwirthschaft gehabt haben. Nur liegt in dieser ganzen Einrichtung ein gewöhnliches privatrechtliches Verhältniß, das so wenig die allgemeine Beachtung auf sich zog, daß selbst die Volksrechte nirgends der Markgenossenschaft erwähnen. Centgenossen und Markgenossen waren in ältester Zeit dieselben Personen. Wenn später auch die enge Dorfverbindung so mächtige Wurzeln schlug, daß noch der lex salica Titel 45 der Widerspruch eines Einzelnen die Niederlassung des Fremdlings hindern konnte, was unzweifelhaft die Existenz einer im gemeinsamen Eigenthum der Dorfgenossen stehenden Mark darthut, so lassen sich doch auch dadurch die gewagten Rückschlüsse auf eine selbständig organisirte Markgenossenschaft nicht rechtfertigen. Wo aber eine Mark bestand, hieng natürlich das Recht ihrer Benützung und alle Theilnahme an ihr vom Grundbesitz ab.

neue Gestaltung der staatlichen Vereinigung. Grundlage des Staates ist die Unterordnung der freien Grundbesitzer unter die gemeinsame Obrigkeit, den König;[11] die Hundertschaft hat sich nicht geändert. Im Gaugericht mochte der König den Vorsitz führen; der Thunginus der L. Sal. dagegen, der einstige princeps des Tacitus, der Vorstand der Hundertschaft, wurde frei gewählt von den Grundbesitzern innerhalb derselben und lenkte ihre Versammlung und ihr Gericht, wie der König die Versammlung des Gau's.

Mit der Annahme, daß alle politischen Verhältnisse und Landeseintheilungen der Deutschen vom Grundeigenthum des Einzelnen abhängig gewesen, tritt man hauptsächlich der Ansicht entgegen, daß die erste staatliche Bildung der Deutschen eine Geschlechterverfassung gewesen sei. Diese Ansicht geht auch hier wieder von Cäsar aus und deutet nach ihm die Nachrichten des Tacitus. Mit dem Beweise, daß bei den Deutschen Privateigenthum des Einzelnen bestanden habe, ist ihr die Grundlage entzogen. Sie sucht vor Allem darzuthun, daß die erste staatliche Entwicklung eines jeden Volkes darin bestehen müsse, die Form der Familie „ins Unendliche auszudehnen"; damit werde die Familie eben zum Staat. Daß dieses in Deutschland so gewesen, beweise die Feldgemeinschaft; denn „wo Feldgemeinschaft, da existiren Geschlechter". Allein diesen Satz wiederlegen Zustände noch aus unserer Zeit und die Richtigkeit des ersten dürfte zu bezweifeln sein. Gewiß entsteht der Staat dadurch, daß im Kreise der seither blos durch sittliche Beziehungen zusammengehaltenen Familie des Rechtsbewußtsein entspringt. Hiezu aber bedarf es keines weiteren Momentes, als der Berührung der Einzelnen unter einander. In welcher äußern Form sich dieses Bewußtsein ausprägt, hängt gewiß neben den Einflüssen, welche Klima und Terrain erzeugen, von dem Grade ihrer geistigen Begabung zum staatlichen Leben ab. Hiernach wird sich die Form bilden. Und nun hat man so oft

[11] Tac. Germ. cap. II. Gothones regnantur paulo jam adductius, quam ceterae Germanorum gentes, nondum tamen supra libertatem. Cap. VII. Nec regibus infinita ac libera potestas.

auf die subjective Anlage, auf die Richtung nach individueller Freiheit, auf die Neigung, sich zu isoliren, die im Charakter der Deutschen ausgeprägt liegt, aufmerksam gemacht. Colunt discreti ac diversi ist der bezeichnende Ausdruck dieses Bestrebens. Man hat und mit vollem Recht auf den deutschen Begriff des echten Eigenthums von Grund und Boden hingewiesen, wonach der Deutsche nicht ein bloßes dominium über seine Hobestatt, sondern ein wahres imperium ausübte. Damit aber verträgt sich kein Geschlechterstaat. Entweder ist das Geschlecht eine künstliche Nachbildung der Familie; oder eine Erweiterung ihres Begriffs auf Nichtblutsverwandte. Weder für jene noch für diese läßt sich ein Beweis der Existenz erbringen. Daß eine ursprüngliche Erweiterung der Familie im letztern Sinne mit Aufhebung von Sondereigen, Zerstörung der individuellen Freiheit und Hingabe derselben an das staatliche Ganze dem Charakter der Deutschen widerspricht, erhellt aus den Zeugnissen des Tacitus über sie; und wenn nichts die Ueberzeugung befestigte, daß Cäsar die Agrarverhältnisse der Sueven auf diejenigen anderer Deutschen übertragen hat, so müßte gerade ihre strenge militärische Despotie den Beweis hiefür liefern. Solch eine Regierungsgewalt widerspricht dem Nationalcharakter der alten Deutschen und konnte daher auch nur vorübergehend zu bestimmten kriegerischen Zwecken erhalten werden. Die ganz richtige Behauptung, daß die Sueven einen kleinen Volksstamm gebildet haben, läßt sich durch nichts besser erweisen, als eben durch ihre militärische Verfassung. Solch eine straffe Regelung der politischen Verhältnisse mit dem Stamme der Sueven auf halb Deutschland auszudehnen, ist geradezu unmöglich. Die Geschlechterverfassungen der antiken Welt waren für ein kleines in sich abgeschlossenes Territorium angemessen; die militärische Verfassung der Sueven für einen weniger zahlreichen Volksstamm. Denn um das Princip der Geschlechterverfassung durchzuführen, ist ein kleines Territorium und eine despotische Regierung nöthig. Wer aber sollte einen regelmäßigen Wechsel der Wohnsitze geleitet haben? Etwa die Volksversammlung eines Gau's (denn die Hundertschaft hätte in einer

so wichtigen Sache gewiß nicht zu entscheiden gehabt), in der man einen einheitlichen Beschluß, Haus und Hof zu verlassen, sicher nie errungen hätte! Oder die principes, aus denen man Geschlechterälteste macht? Selbst den unglaublichen Fall angenommen, daß sie einig gewesen wären, wer hätte alle Geschlechtsvettern gezwungen, ihrem Beschlusse sich zu fügen? — Wer aus der L. Sal. entnehmen will, daß sie kein Privateigenthum an Grund und Boden kenne, daß es folglich Geschlechtereigenthum gegeben, dem Einzelnen aber eine Nutzungsquote zugestanden habe und, so oft Jemand ohne Erben starb, eine neue Regulirung sämmtlicher Besitzverhältnisse des Gemeinwesens nöthig geworden sei, der übersieht vor Allem, wie solch ein oftmaliges Eingreifen in die gewohnten, Stabilität verlangenden Grundverhältnisse wahrlich eine andere Volksindividualität und eine andere staatliche Spitze voraussetzen, als sie aus den Quellen jener Zeit entgegentreten.

Künstliche Nachbildungen der Familie hält jene Ansicht zwar für jüngeren Ursprungs. Allein sie sollen Ueberreste der in den Gemüthern noch ruhenden Erinnerung an Geschlechtsgenossenschaften sein. Solche Beweise stützen eine Ansicht nicht. Die Gilden sind Nachbildungen der natürlichen Familie, und zu ihnen gehören auch die Dithmarschen Geschlechter. Schon ihre große Zerstreuung durch die verschiedensten Kirchspiele deutet auf eine künstlich gemachte, nicht auf eine gewordene Organisation. Aus ihnen zu schließen, daß die Deutschen vor der Wanderung kein Grundeigenthum gekannt und nach gentes gruppirt gewesen, möchte sehr gewagt sein, wenn ein solcher Schluß auch mit den Quellen selbst nicht in Widerspruch gerathen würde. Die gentes und cognationes hominum des Cäsar,[12] die familiae et propinquitates des Tacitus,[13] die farae der Longobarden,[14] endlich die vicini in Titel 45 der L. Sal. de migrantibus, sowie die sui in der L. emend. Titel 61

---

[12] Bellum gallicum VI, 22.

[13] Germania cap. VII.

[14] Paulus Diac. II, 9.

de Chrenechruda sollen ihn freilich beweisen. Nun ist zwar Cäsar's Ausdruck unsicher und läßt sich auch anders verstehen, als von der natürlichen Familie; allein eine Geschlechterverfassung beweis't er noch nicht. Noch weniger liegt eine Hindeutung auf sie in den propinquitates der Germania. Denn einmal kennt Tacitus Grundeigenthum des Einzelnen;[15] und sodann versteht er unter propinqui Blutsverwandte, was auch der Ausdruck domus zu beweisen scheint.[16] Die farae erklärt Paulus Diac. selbst durch generatio, genealogia, ein Ausdruck, der doch gewiß weit mehr auf Verwandtschaft durch Zeugung als auf künstlich geschaffene Verhältnisse weis't. Wie man sich endlich auf die L. Sal. berufen will, wenn Grundeigenthum des Einzelnen eine Geschlechterverfassung ausschließt, läßt sich nicht begreifen, da viele Stellen der L. Sal. von letzterem sprechen, vor Allem der berühmte Titel de allodis cap. LIX, 5, wornach Grund und Boden auf die Söhne vererbt, Titel 46 de adfathamire, der die Uebertragung des gesammten Vermögens gestattet; — und wie oft ist von Feld und Wald des Einzelnen die Rede.[17] Das Wort sui der L. emend. ist ein späterer Zusatz des Herold'schen und Baluzischen Textes; und angenommen, er bedeute Geschlechtsvettern, so könnten doch die vicini im Tit. 45 nicht dasselbe sein, oder das Gesetzbuch hätte die willkührlichste Sprache der Welt. Freilich wird nicht blos der L. Sal. eine solche Ungenauigkeit zugemuthet; auch die L. Visig. VI, 1, 8 muß nach jener Auslegung in einem und demselben Satze denselben Verstoß begehen. Sie hebt ganz allgemein sämmtliche Verbürgungen der Familie und der Gemeinde auf. Hier natürlich konnten Geschlechtsvettern nicht fehlen, sie müssen vielmehr in doppelter Gestalt wiederkehren; sowohl die vicini der L. Sal. als die propinqui des Tacitus

---

[15] Vicos locant, colunt discreti (s. §. 1).

[16] Germ. cap. XXI. Suscipere tam inimicitias seu patris seu propinqui, quam amicitias necesse est — recipitque satisfactionem universa domus.

[17] Z. B. XXVII, 18: Si quis ligna in silva aliena furaverit; ibid. 8: si quis de campo alieno lino furaverit u. s. f.

sind genannt. Endlich wird auch noch eine decretio Chilperici a. 574 angezogen: Placuit atque convenit, ut si quiscunque vicinos habens aut filios aut filias post obitum suum superstitutus fuerit, quamdiu filii advixerint, terra habeant, sicut et L. Sal. habet. Et si subito filios defuncti fuerint, filia simili modo accipiant terras ipsas, sicut et filii si vivi fuissent, aut habuissent. Et si moritur, frater alter superstitutus fuerit, frater terras accipiant non vicini. Daraus, daß hier in einem offenbar derogatorischen Gesetze dem Bruder vor den vicini ein Vorzug eingeräumt wird, folge, daß letzteren ein Erbrecht müsse zugestanden haben, das aber lasse auf die Geschlechterverfassung des vicus zurückschließen. Zieht man den schon angeführten Titel der L. Sal. de migrantibus bei, so ergibt sich ein starkes Recht der Vicinen, d. h. nicht der Geschlechtsvettern, — denn sie kennt die L. Sal. nicht, — sondern der Dorfgenossen, am gemeinschaftlichen Grund und Boden (s. §. 2, Note 10). Niemand konnte sich auf der Mark ansiedeln gegen den Widerspruch auch nur eines einzigen Markgenossen; und stirbt ein Markgenosse, so vererbt er seinen Antheil an der Mark — die terrae dieser Stelle — nicht ohne Weiteres an seine Descendenz, wie den sonstigen Nachlaß, sondern blos an die Söhne. In andern Fällen treten die Vicinen ein. Chilperich aber läßt ihnen sowohl Töchter als Brüder vorgehen, was um so leichter war, als bei der Benützung des Gemeinlandes kein Eigenthum an Grund und Boden übertragen wurde. Mehr aber folgt aus dieser Stelle nicht; wer keine Gentilität hineinträgt, wird sie aus ihr nicht herauslesen.[18]

---

[18] cfr. Gemeiner, die Verfassung der Centenen S. 48; ferner Maurer, Einleitung u. s. f. S. 8. — Von der innern Verfassung der gentes erfährt man nichts, als daß die Ältesten über sie die Herrschaft gehabt. Dieser Älteste, Ealdorman, weise aber auf die Gentilität. Allein der Ausdruck läßt sich ebenso leicht als eine Übertragung der Bezeichnungen der natürlichen Familie auffassen. Wenigstens sind seine Functionen die des princeps, und der princeps war so wenig als der Ealdormann der Angelsachsen ein Geschlechterhäuptling (Grimm, R.A. S. 757).

§. 3.

Grundeigenthum und Familie.

Die natürliche Familie als Grundlage des öffentlichen Rechts und staatlichen Lebens anzunehmen, ist ein Widerspruch; eine künstliche, die gens, die den Staat in die Form der Familie faßt, kannten die Deutschen nicht (s. §. 2). Allein wenn jene auch nicht die Form der staatlichen Grundlage selbst bildete, hatte ihre natürliche Innigkeit doch den größten Einfluß sowohl auf das öffentliche als das Privatrecht. Noch in die neueste Zeit erstrecken sich ihre Wirkungen, und kein altes echt deutsches Rechtsinstitut ist von ihrem Einfluß frei geblieben.

Auf die Gestaltung des Grundeigenthums mußte die Familie gleich bei dem Auftreten und Ansiedeln der deutschen Volksstämme ihre Einwirkung äußern. Nach Geschlechtern und Familienverbindungen geschieht diese Ansiedlung selbst, Familie tritt zu Familie und erhält Land zugetheilt.[1] Daraus erklärt sich die anfängliche Innigkeit der Dorfverbindung, die nicht blos eine Ansiedlung von gleich gearteten Volksgenossen war, sondern durch verwandtschaftliche Beziehungen verbunden gehalten wurde.[2] Aber auch auf dem erworbenen Grundstücke selbst siedelte der Einzelne nicht unbeschränkt, er besaß es als Glied und Haupt der Familie, er trat gleichsam auf als Repräsentant eines Grundstücks, auf dem eine Familie wurzelte; und ein Streit zwischen zwei Grundbesitzern war zugleich ein Streit zwischen ihren beiderseitigen Familien, zu welchem alle männlichen Mitglieder derselben beigezogen wurden. Die ganze Familiengemeinschaft erhebt sich gegen die Verletzung des Grundeigenthums.[3]

[1] Caesar, bell. gall. VI, 22. Magistratus ac principes gentibus cognationibusque hominum, qui una coirent, quantum et quo loco visum est, agri attribuunt. — Nicht weniger bezeichnet das angelsächsische gelondan, durch fratrueles übersetzt und die auf demselben Gebiete Angesiedelten bedeutend, die Übereinstimmung der örtlichen und Familienbeziehungen.

[2] L. Sal. Tit. 45.

[3] L. Alam. Tit. 84: Si qua contentio orta fuerit inter duas genealogias de termino terrae eorum, et unus dicit: Hic est noster terminus, alius revadit in alium locum et dicit: Hic est noster terminus — —.

So wurde, wie das Land durch seine Grundbesitzer, die Familie durch ihr Haupt, welches den Grund und Boden, auf dem jene siedelte, eigenthümlich inne hatte, in Staat und Recht vertreten. Selbst im Kriegsdienst gesellten sich die Streiter nach Familien zusammen. Denn wie diese im Frieden neben einander auf ihren Grundstücken wohnten, so standen sie als Vertreter derselben im Kriege zu einander, und Weib und Kind begleitete oft den Vater.[4] Und wie das Familienhaupt in's Feld zog als Vertreter seiner auf dem Grundstücke wurzelnden Familie, lag ihm auch die Pflicht ob, dieselbe in der Volksversammlung zu vertreten. Er war der Eigenthümer des Hofes und als solcher, wenn er wehrhaft war, allein berechtigt, vor Gericht aufzutreten. Weder die Frau noch der Sohn, der entweder noch nicht wehrhaft oder nicht mit Grundbesitz ansetzig war und keinen eigenen Familienhaushalt gegründet hatte, besaß hierzu Befugniß. So blieb es Pflicht des Mannes, die Frau zu vertreten, Pflicht des Vaters, seinen Kindern den mangelnden Schutz zu verschaffen.

Wo dieses Verhältniß durch den Tod des Familienhauptes gestört war, da trat mit Nothwendigkeit an die Stelle des Mannes, des Vaters, das nächste männliche Mitglied der Familie; denn auf ihm ruhte nun Recht und Pflicht der Vormundschaft, deren Mißbrauch die Einheit der Familie verhinderte. So hat ferner derselbe Verwandte, der das mundium zu Lebzeiten über den Damnificaten gehabt hätte, nach seinem Tode die Pflicht, ihn zu rächen; denn es war Pflicht der gesammten Familie, den durch die Verletzung eines ihrer Genossen gestörten Familienfrieden herzustellen.[5] Aber es war dieses auch ein Recht der Familie, ein Ausfluß der Innigkeit des natürlichen Bandes derselben, und deshalb trat bei zunehmender Rechtsentwicklung an die Stelle der blutigen Fehde das Recht der Familie auf

[4] Tacitus Germ. cap. VII: Non casus nec fortuita conglobatio turbam aut cuneum facit, sed familiae et propinquitates, et in proximo pignora, unde foeminarum ululatus audiri, unde vagitus infantium.

[5] Suscipere tam inimicitias seu patris seu propinqui quam amicitias necesse est.

das von dem Verbrecher zu bezahlende Wehrgeld des Erschlagenen.[6]

Dieser Wehrgeldsforderung entsprach die Haftungspflicht der Familie. Durch ihr Haupt vertrat die Familie ihre Mitglieder vor der Gemeinde, vertheidigte sie vor Gericht und haftete für sie. Wie sie auftrat gegen den Mord, der an einem ihrer Mitglieder begangen wurde, mußte sie auch eintreten für das Vergehen, das eines ihrer Mitglieder sich erlaubte.

In ihrem Innern war die Familie gebunden, Friede zu halten, keinen Zweikampf gegen ihre Mitglieder zu erheben, nicht vor Gericht gegen sie aufzutreten. Daher ist Sippe soviel als Friede, Freundschaft. Endlich spricht sich die Innigkeit der Familie auch in dem Brautkaufsschilling aus, der für das austretende Mitglied erlegt wurde.

Bei den mannigfaltigen Pflichten der Familiengenossen erschien es als Recht des einzelnen Gliedes, sich von der Familie loszusagen. Hiermit verzichtete man auf alle Befugnisse, welche aus dieser Genossenschaft entsprangen, insbesondere auf das Erbrecht, wurde aber dagegen auch von der Pflicht zur Fehde und Buße befreit.[7]

Am ausgeprägtesten trat übrigens die Innigkeit der auf einem Landloose angesiedelten Familie im Erbrecht hervor. Wie der Begriff des Grundeigenthums durch die Ansprüche der Familie beschränkt erscheint und nicht der Ausdruck des schrankenlosen Willens des Eigenthümers allein ist, so beruhte auch das germanische Erbrecht seinem inneren Grunde nach nicht auf dem Willen des Erblassers, sondern auf den Ansprüchen der Familie, die schon zu Lebzeiten desselben existirten. Deshalb war auch das germanische gesetzliche Erbrecht kein Intestaterbrecht, kein Ersatz des Testamentes, durchaus kein vermittelndes Rechtsinstitut; denn es lag nicht in der Macht des Erblassers, über sein Vermögen frei zu disponiren, sein Wille war vielmehr ge-

[6] Tacitus Germ. cap. XXI. Nec implacabiles durant inimicitiae. Luitur enim et homicidium certo armentorum ac pecorum numero, recipitque satisfactionem universa domus.

[7] L. Sal. Tit. 60. De eum qui se de parentilla tollere vult.

bunden durch die Ansprüche der Sippe auf das Grundvermögen.[8] Im deutschen Erbrecht bewies sich die Innigkeit der Familie so durchgreifend, daß man keine sui heredes unterschied, sondern der nächste Erbe zugleich auch suus heres war. Das Absterben eines Familiengliedes hatte nicht einen Antritt des Nachlasses von Seiten der Familiengenossen zur Folge; der Tod enthielt den Austritt des Verstorbenen aus dem bisher inne gehabten Gute und zugleich den Eintritt seines Erben.[9] Daraus ergeben sich alle Sätze des germanischen Intestaterbrechts. Im römischen Recht suchte man nach dem präsumtiven Willen des Erblassers; im deutschen trat der nächste Erbe durch den Tod in sein volles Recht ein, dessen Voraussetzungen und Bedingungen schon zu Lebzeiten des Erblassers theilweise rechtlich geschützt waren. Deshalb gibt es im germanischen Erbrecht kein Testament, weil der Wille des Erblassers die Rechte seiner Sippe nicht schmälern durfte. Deshalb mußte der römische Unterschied zwischen delatio und acquisitio der Erbschaft dem deutschen Recht unbekannt bleiben, weil nicht der Wille des Erblassers den Uebergang der Rechte auf den Erben vermittelte, sondern das schon vorher im Keime vorhandene Recht mit dem Tode des erstern wirksam wurde. Vor Allem blieb aber der römische Begriff der Universalsuccession ausgeschlossen; nicht in dem Zerfallen des Vermögens eines Verstorbenen lag der Grund, daß die Idee derselben im deutschen Recht nicht Wurzel fassen konnte; dieses Zerfallen selbst war die Folge der Grundanschauung, daß das Vermögen eines Gliedes der Familie dieser nicht entzogen werden könne. Die Haftung für das Familienglied entsprang, so lange die Mobilien nicht in Betracht kamen, nicht erst mit seinem Tode, sondern bestand

---

[8] Dieses Verhältniß hat Tacitus erfaßt, wenn er Germ. cap. XX das Erbrecht folgendermaßen charakterisirt: haeredes tamen successoresque sui cuique liberi et nullum testamentum.

[9] Auch hierfür hat Tacitus den ganz richtigen Ausdruck Germ. cap. XX gefunden, indem er von keinem dominium, sondern von einer possessio am Gute spricht: Si liberi non sunt, proximus gradus in possessione fratres, patrui, avunculi.

schon vorher; und die Gründe des öffentlichen und geistlichen Rechts der Römer für ein Fortbestehen der Persönlichkeit des Erlassers in seinem Nachlasse kannte das deutsche Recht nicht.

Die germanische Erbfolgeordnung gründete sich also nur auf die Familie. Weil aber in dieser selbst der männliche Theil zum Schutze der Frauen berufen war, weil nur der Mann im Volksgericht auftreten konnte und allein fähig war, die Waffen in Krieg und Fehde zu führen, — was Alles doch zusammenhing mit dem Eigenthum an Grund und Boden und dem Besitz einer Hofstätte, — so mußte nothwendig, und lägen auch nicht die triftigsten späteren Zeugnisse hiefür vor, aus dieser Stellung des Mannes eine Bevorzugung desselben bei der Erbfolge eintreten, und zwar in dem wichtigsten Theil der Erbschaft, dem Landeigenthum. Nur der Mann konnte den Grund und Boden vertreten, auf welchem die Familie wurzelte; und dieser selbst mußte ihm erst die Fähigkeit geben, als berechtigtes Mitglied der Gemeinde zu erscheinen. So entstand die Nothwendigkeit, der Familie die Berechtigung nicht dadurch zu entziehen, daß man das Grundeigenthum in die Hand einer Frau kommen ließ, die der Sippe entweder durch Hinausheirathen dasselbe entrissen oder doch in Folge ihrer Unfähigkeit zu allen öffentlichen Rechten wenigstens den Schutz genommen hätte, auf welchen sie Anspruch hatte. [10]

Durch die Hinweisung auf die Geschlossenheit der deutschen Familie soll entfernt nicht ein Gesammteigenthum angenommen werden. Die nächstberechtigten männlichen Mitglieder der Familie traten in den Länderumfang ein, den der Erblasser im Eigenthum gehabt hatte; sie selbst übten wieder das Eigenthum hieran mit allen Befugnissen aus, die nach deutschem Recht im Begriff des Eigenthums an Grund und Boden lagen, also beschränkt durch die Rechte der Familie.

---

[10] L. Lang (Luitpr. Legg. II, 7). Quamquam filiam instituissemus heredem sicut masculos in omnem substantiam patris et matris, ipsam tamen compositionem volumus ut accipiant parentes ejusdem propinqui, qui occissus fuerit, — — quia filiae faidam levare non possunt.



§. 4.
Grundeigenthum und Freiheit.

Mit dem Beginn des germanischen Staatslebens tritt ein Hauptunterschied Derjenigen, die der Staatsgewalt unterworfen sind, als Princip aller staatlichen und rechtlichen Gestaltungen der germanischen Welt hervor, nämlich der Unterschied der **Freien** (ingenui, liberi), d. h. der politisch vollkommen Berechtigten, und der **Unfreien** (liti, servi), d. h. der politisch nicht vollkommen Berechtigten. In der Regel entwickeln sich innerhalb dieser beiden Hauptklassen Gradesunterschiede; meistens aber theilt sich die eine oder andere[1] oder auch beide, so daß besonders in späterer Zeit eine mannigfache Gliederung von Standesunterschieden hieraus entspringt. Diese Sonderung des Volkes ruht auf dem juristischen Begriff der germanischen Freiheit und der aus ihr erwachsenden Berechtigung des Einzelnen. Freiheit ist der volle Inbegriff der staatsbürgerlichen Rechte; wer die letztern genießt, ist frei und hat juristische Persönlichkeit. Der Unfreie kommt nur in Betracht als Gegensatz zum Berechtigten, zum Freien. Als Unfreier hat er keinen Theil am Staate und am vollen Rechte. Denn das Recht entspringt nur aus der Freiheit; beide sind eines. Unfreiheit ist also Verminderung der politischen und bürgerlichen Rechte.[2]

Das Kennzeichen der Freiheit ist die Unabhängigkeit von aller Privatgewalt. Der Freie kennt keine Macht über sich, von welcher er sein Recht ableitete und welche ihn in demselben schützte. Die Quelle seiner Berechtigung ist seine Stellung als Mitglied der Hundertschaft, als Theil des Staates. Schon mit dem frühesten Auftreten der Deutschen findet sich in der Gemeinde der Hundertschaft die reichliche Entwicklung staatlichen

---

[1] Diese Gliederung des Volkes tritt schon in **Tacitus** Germ. cap. XXV entgegen. Er scheidet die Freien in nobiles und ingenui.

[2] Ein gänzliches Entbehren derselben kannten die Deutschen nicht. **Tacitus**, Germ. cap. XXV. Frumenti modum dominus aut pecoris aut vestis **ut colono** injungit et **servus hactenus paret**. In der L. **Fris.** I, 11 ist der Taxationswerth des servus zugleich „compositio."

Lebens. Sie sichert das Recht des Einzelnen, wie sie sein Recht schafft. Denn die Gemeinde spricht aus, was Recht ist, und anerkennt, was unbewußt Recht geworden. So schafft daher als Glied der Gemeinde der Freie sich selbst sein Recht. Dem entspricht aber die Pflicht, sich diesem Ausspruch zu unterwerfen und die staatliche Ordnung anzuerkennen, d. h. dem Rechte zu gehorchen. Der Wille der Gemeinde ist die Grenze für seinen eigenen Willen, denn die Grundlage der ganzen Verfassung ist die Unterordnung unter die Gemeinde. Die germanische Freiheit ist demnach das Recht zur Theilnahme an der Volksversammlung und dem öffentlichen Frieden, den dieselbe sichert; sie beruht darauf, daß eine Person Mitglied einer der freien Volksgemeinden sei, auf welche die älteste Verfassung sich gründet (cf. §. 2).

Auch durch das Königthum erhielt der Gesammtcharakter der Verfassung keinen Eintrag (s. §. 2). Freiheit und Recht des Einzelnen blieben ungeschmälert und so dauerte ursprünglich auch hier die Gewalt und Bedeutung der freien Volksgemeinde fort; denn die Macht des Königs trug noch rein obrigkeitlichen Charakter an sich.

Die Souveränetät des Staates beruhte auf der Versammlung der Volksgemeinde. Diese aber äußerte ihre Wirkungen auf doppeltem Gebiete: im öffentlichen Recht, denn alle öffentliche Gewalt entspringt aus ihr; und im Privatrecht, das sie schafft und über das sie den Frieden wirkt. Dieses doppelte Element liegt demgemäß auch im Begriff der Freiheit, indem sie ihrer politischen Natur nach die Theilnahme an der Ausübung der öffentlichen Gewalt durch die Volksgemeinde, ihrem privatrechtlichen Charakter nach die vollständige Rechtsfähigkeit nach Volksrecht in sich schließt. Der Freie allein hat Theil an der Rechtsgenossenschaft des Staates. Recht und Frieden findet er in der Gemeinde, deren Versammlung die Berathung aller allgemeinen Angelegenheiten vornimmt. Daher hat der Freie vor Allem das Recht der Gesetzgebung, der freien Selbstregierung und der Beschlußnahme innerhalb der Gemeinde. Er entscheidet über Krieg und Frieden und wählt Vorsteher und Könige aus

der Mitte seiner Genossen. Er solennisirt durch seine Anwesenheit in der Volksversammlung und im Gericht alle wichtigen die Gemeinde betreffenden Rechtsgeschäfte, so die Wehrhaftmachung des Freien, die Eingehung der Ehe, die Ertheilung der Freiheitsrechte, die Uebertragung von Rechten an Immobilien. Endlich hat er den Frieden des Gemeindeverbandes zu wahren, das Recht zu pflegen. Nur vollkommen Freie, nach fränkischem Recht Rachineburgen genannt, finden das Recht und sprechen das Urtheil.

Der ursprüngliche Zustand der Gemeinde erscheint als ein innerlich geschlossener. Die Hundertschaft war im Frieden selbständig, in keiner Unterthanschaft zu einer größeren Volksversammlung. Die Versammlung der Hundertschaft regierte selbst, der Freie war ihr unterthan. Ein höheres Band staatlicher Abhängigkeit, das stets wirksam gewesen wäre, gab es nicht. Das zur Zeit der Gefahr einigende Moment bildete die gemeinsame Stammeseigenthümlichkeit. Es wäre auch nicht möglich gewesen, das Princip der persönlichen vom Grundeigenthum abhängigen politischen Freiheit aufrecht zu erhalten, wenn nicht der Umfang der freien Gemeinde und die Zahl der freien Grundbesitzer gering gewesen wäre. [3]

Die Gemeindeverbindung gewährt dem Freien dadurch Schutz, daß sie ihn selbst zum Hersteller der gestörten Rechtsordnung erhebt. Sie ertheilt ihm daher das Recht zur Fehde. [4] War

[3] Eine Beaufsichtigung der politischen Ordnung wäre durch eine Volksversammlung nicht zu erreichen gewesen, die kein gemeinschaftliches Stammesoberhaupt als ihre Spitze über sich gehabt hätte. Sollte das Princip der persönlichen, auf Grundbesitz basirten politischen Freiheit fortdauern, so mußte bei einem größeren Staat eine einheitliche Lenkung und starke Regierung vorhanden sein. Eine Volksversammlung war nie im Stande, hier durchzugreifen. Sobald daher durch die Völkerbündnisse eine engere Gemeinschaft heraustrat, bildete sich auch eine einheitliche Leitung durch einen König, der nicht durch Zufall blieb, sondern aus innerer Nothwendigkeit und daher vom Völkerverein gewollt und verlangt, während in Gesetz und Sitte der alte Zustand fortdauerte.

[4] L. Fris. II, 2: Si vero homicida non fugerit, nihil solvat, sed tantum inimicitias propinquorum hominis occisi patiatur, donec, quomodo

dem Verletzten dieses Recht nicht gewährt, so konnte er als Ankläger vor der zum Gerichte öffentlich versammelten Gemeinde der Freien auftreten.[5] Es mußte daher dem Freien auch erlaubt sein, statt Fehde zu erheben, sein Recht vor der Gemeinde zu suchen. Wehrgeld verlangen kann nur der Freie. Auf Anrufen des Beleidigten oder seiner Verwandten mußte der Verletzer die Buße, die auf dem Verbrechen stand, bezahlen.[6] Der Freie besitzt allein die Fähigkeit zur Vornahme aller Rechtsgeschäfte, welche vor das Volksgericht gehörten, und die Befugniß, als Urtheiler, Zeuge und Vorsprecher aufzutreten. Da er aber nur, sofern er mit Grundbesitz angesessen war, zur Theilnahme an der Volksgemeinde berechtigt erschien, so blieb ihm die Befugniß, andere, die sich ihm — dem freien Grundbesitzer — ergaben, in der Gemeinde zu vertreten. Dieser Vertretung bedurften die Unfreien, Liten, Colonen und unfreien Hintersassen; eben so die Freigelassenen, so lange sie noch nicht die Rechte der Vollfreien hatten; freiwillig ergaben sich in diese Vertretung die Schutzhörigen, clientes, und die freien Hintersassen. Der Freie hat das Waffenrecht. Nur er durfte zum Schutze der Gemeinde die Waffen aus eigenem Recht erheben und im Volksheere dienen; nur er durfte andere Freie kämpflich ansprechen, sei es in rechtmäßiger, offen erklärter Fehde oder im Kampfgerichte zum Schutze von Ehre, Leib und Erbe. Ihm steht Freiheit von allen Lasten zu. Sowohl persönliche Abhängigkeit von einem Dritten schmälert den Begriff der vollen Freiheit, als dingliche Abhängigkeit durch das Ansäßigsein auf fremdem Grund und Boden. Persönliche Unabhängigkeit und freier Grundbesitz sind die Grundlage der öffentlich- und privatrechtlichen vollen Persönlichkeit. Der Freie allein hat das

---

potuerit, eorum amicitiam adipiscatur. — L. Sax. II, 5: Litus, si per jussum vel concilium domini sui hominem occiderit, utputa nobilem, dominus compositionem persolvat vel faidam portet.

[5] L. Sal. I, 3: Ille autem, qui alium mannit, cum testibus ad domum illius ambulare debet.

[6] L. Fris. I, 11: Si quis homo servum occiderit, componat eum juxta quod fuerat adpretiatus; et dominus ejus ipsius pretii eum fuisse sacramento suo juraverit.

Recht des echten Eigenthums an Grundstücken. Eigenthum an Immobilien nach Volksrecht setzt vollkommene Freiheit der Person voraus. Dieses echte Eigenthum wird in der Volksgemeinde übertragen und geschützt. Wer daher vor ihr nicht aufzutreten vermag, kann kein echtes Eigenthum erwerben, sondern bedarf hierzu der Hand eines Schutzherrn, welcher ihm auf gleiche Weise den Genuß der im Eigenthum enthaltenen Rechte sichern muß. Erworben wurde die Freiheit regelmäßig durch die Geburt von freien Aeltern. Allein zu der Ausübung der in ihr enthaltenen Rechte genügte dies nicht. Vielmehr war die Grundlage und die Voraussetzung der Verwirklichung aller Freiheitsrechte freies Grundeigenthum.

Denn da der ganze Staat auf der Souveränetät der Volksversammlung ruhte, die Theilnahme an dieser aber von dem Besitze freien Grundeigenthums abhing, so wurde Grund und Boden auf dem Gebiete der Hundertschaft zur Voraussetzung der Freiheit selbst. Alle Unterschiede innerhalb der beiden Begriffe von Freiheit und Unfreiheit beruhen auf dem Besitz von Grundeigenthum. Nur der Freie ist des freien Eigenthums fähig; dieses heißt daher im fränkischen Rechte terra salica. Der Name des Volkes ist die Bezeichnung des Freien, und in der Lex Sal. ist Salicus, Francus und ingenuus identisch. Terra salica ist also der Grundbesitz des Freien und die ganze Benennung weis't auf den Zusammenhang zwischen Grundbesitz und Freiheit. Dasselbe drückt die Arimannia der Longobarden aus. Denn Arimannus ist der freie Volksgenosse, Arimannia aber das freie Eigenthum. Endlich deutet auf diese Verbindung zwischen Freiheit und Grundbesitz das sächsische Volcland.[7] In welch engem Zusammenhange beide gedacht wurden, beweisen ferner die Darstellungen der Schriftsteller besonders über die Unterwerfung der Sachsen.[8]

Dieser Zusammenhang bildet als Grundlage des Staates

---

[7] Grimm, Rechtsalterth. S. 290 ff. und Eichhorn, Privatrecht. §. 48. Note a.

[8] Gregor Turon. III. De miraculis S. Martini cap. XXIII: Erant enim ingenui et possessionem propriam possidentes. — Regino ad a.

die Norm aller ständischen Gliederung und Wehrgeldsberechnung. Am deutlichsten zeigt sich derselbe im angelsächsischen Recht. Wer nicht frei ist, kann keinen eigenen Grundbesitz innerhalb der Grenzen der Gemeinde haben, und wer ihn nicht hat, ist trotz seines persönlichen Ranges nicht vollkommen frei.[9] Abhängige Leute am Rechte der Vollfreien Theil nehmen zu lassen, widerspricht der alten Verfassung. So scheiden sich die Westsachsen nach der Größe ihres Wehrgeldes in drei Klassen, nach dem Besitze von Grund und Boden wieder in drei Klassen. Der twelfhynduman, dessen Wehrgeld in 1200 Schillingen besteht, trägt als Merkmal seines Standes den Besitz von 5 Hyden eigenen Landes; der syxhynduman, dessen Wehrgeld 600 Schillinge beträgt, ist derjenige Freie, der ein geringeres Maaß von Grundeigenthum inne hat; der twyhynduman, dessen Wehrgeld 200 Schillinge sind, ist derjenige Freie, der kein freies Grundeigenthum besitzt, sondern als Bauer auf fremdem Lande siedelt.[10] Das Verhältniß ihrer Buße ist 1 : 3 : 6.[11] Auf gleiche Weise gestalteten sich die Verhältnisse der Angeln in Merkien und in Northymberland.[12] Ja man übertrug sie sogar auf die Wälschen und unterschied auch bei ihnen Grade der Berechtigung nach ihrem Grundbesitz. In Westsachsen steht der wälsche Grundbesitzer, der 5 Hyden Landes hat, dem deutschen Sechshynduman gleich, sein Wehrgeld ist auf 600 Schillinge fixirt. Der Grundbesitzer von nur Einer Hyde ist zu 120

777: Sacramenta secundum consuetudinem dederunt, ut perderent ingenuitatem et omnem hereditatem, nisi conservarent susceptam christianitatem. — Annales Fuld. ad a. 777: Ibi Saxones baptizati ingenuitatem et omnem proprietatem secundum morem gentis abdicantes regi tradiderunt. — Annales Laurissenses: Ibi multitudo Saxonum baptizati sunt et secundum morem illorum omnem ingenuitatem et allodem manibus dultum fecerunt, si amplius mutassent etc.

[9] Kemble, die Sachsen in England, übers. von Brandes. S. 27 ff.

[10] Leg. Henr. LXX pr., LXXVI. §. 2. — Aelfred and Guthr. § 2. — In. cap. VI. §. 3.

[11] Aelfred Sec. §. 35 §. 36 pr.

[12] Merc. werg. S. 213. 3. Werg. II. §. 5. 6. conf. Northymbrisches Priestergesetz §. 48—53 und §. 60.

Schillingen, von einer halben Hyde zu 80 Schillingen tarirt; derjenige Freie, der keinen Grundbesitz hat, wird zu 60 Schillingen geschätzt. [13] In Northymberland hat der Wälsche, der 1 Hyde Landes besitzt, ein Wehrgeld von 120 Schillingen; besitzt er blos ½ Hyde, von 80 Schillingen; der Besitzlose von 70 Schillingen. [14] Auf diesen Zusammenhang zwischen der Größe des Grundbesitzes und dem Wehrgelde weis't auch die deutsche Berechnung des Grundbesitzes nach Wehrgeldern. [15] — Nicht weniger beweisend ist die Entgegenstellung der terra, hoba, curtis salica, als der Hufe des Herrn zu der des Unfreien, da Salicus, Francus, Ripuarius den Freien bedeutet.

Dagegen standen unter der Berechtigung des Freien alle diejenigen, die durch Eroberung und Unterjochung oder durch eigene Verschuldung ihren freien Grundbesitz verloren hatten, oder die schon bei Beginn der Geschichte sich im Verhältniß der Abhängigkeit befanden. Sie bildeten die verschiedenen Stufen der politischen Nichtberechtigung. Das Gemeinsame ihrer Verhältnisse liegt in der größeren oder geringeren Belastung des Bodens. Gänzlich rechtlose Menschen gibt es nicht, wohl aber Leute, deren Wehrgeld nur in ihrem Taxationswerth besteht, hintersessige Knechte, die, zu unbestimmten Abgaben verpflichtet, und persönlich unfrei, in der Gewere ihres Herrn stehen. [16] Höher berechtigt waren die Liten und Colonen, allein auch sie sind unfrei. Sie übten die im Eigenthum liegenden Befugnisse wie die Knechte, beschwert mit Lasten und Abgaben, aus, nur wurden letztere auf einen bestimmten Theil des Gutsertrags fixirt. Meist den durch Krieg unterjochten Bevölkerungen entsprungen, denen das Eigenthum entzogen und deren Verhältniß

---

[13] In. §. 23. 24. 32.

[14] Werg. II. §. 7 und 8.

[15] S. Waitz, Verfassungsgeschichte. II. S. 186. Note 1, wo auch auf den Ausdruck: „Hufe des Wehrgelds" — Trad. Sang. p. 229 n. 16: „unam hobam compositionis meae" — verwiesen wird. — Tr. Sang. p. 79. n. 41: der Schenker darf sein Gut für 80 Solidi zurückkaufen; der Sohn cum uno wehregeldo. — eod. p. 137. n. 23: der Sohn licentiam habeat cum ejus wehregeldo redemere, und einen andern Theil redimat cum alio wehregeldo.

[16] Tacitus Germ. cap. XXV. — L. Fris. I, 11. — Ssp. III, 32. §. 6.

in das der Hörigkeit verwandelt wurde, waren sie zwar nicht geradezu Knechte, allein unfrei, d. h. politisch nicht berechtigt. Denn da sie kein freies Grundeigenthum hatten, so besaßen sie auch nicht die Fähigkeit, vor der Volksversammlung aufzutreten und sich zu schützen. Sie galten zwar als Rechtssubjecte und hingen nicht, wie die servi, von der Willkühr eines Herrn ab, der sie etwa angesiedelt hätte, denn ihre Abhängigkeit selbst stand unter gewohnheitsrechtlicher Fixirung. Allein ihr Recht mußte seinen Schutz in der Person eines freien Grundeigenthümers finden. In dasselbe Verhältniß trat der Freigelassene. Mit der Freilassung erhielt er nicht alle Rechte des Freien, er wurde nur frei von dem Bande persönlicher Abhängigkeit. Zur vollen politischen Berechtigung fehlte ihm noch die unumgängliche Grundlage, das Grundeigenthum eines Freien, das ihm mit der Freilassung nicht zugleich gegeben werden konnte. Denn das freie Grundeigenthum war die Basis einer freien Familie, letzterer aber ermangelte er. Wirkung hatte dieses vor Allem bei der Beerbung, da König oder Patron ihm succediren. Eine Aeußerung des Zusammenhangs zwischen Freiheit und Grundbesitz findet sich ferner in der Stellung eines wehrhaft gemachten Sohnes, der kein freies Grundeigenthum besaß; auch er war noch nicht politisch berechtigt, denn ihm fehlte die dingliche Grundlage seiner Freiheit. Dieser Zusammenhang zeigt sich endlich in dem Verhältnisse der freien Hintersassen, da nach alten Begriffen in jeder bäuerlichen Abgabe eine Schmälerung der Freiheit lag. Denn regelmäßig trat damit eine Verminderung des eigenen rechtlichen Schutzes ein, die sich, wie bei denjenigen, die in das mundium eines andern Freien sich begeben hatten, in der Vertretung bei allen Rechtsangelegenheiten äußerte.

A. Aelteste — germanische — Zeit.

I. Bestehen einer Berechtigung des Erben.

§. 5.

Die Quellenaussprüche.

Lex Sal., Lex Angl. et Werin.

Um den richtigen Gesichtspunkt in dieser Frage zu gewinnen, mußte die politische Wichtigkeit des Grundbesitzes dargethan werden. Bei dem Beginne eines Staates zeigt sich überall innige Verbindung aller politischen Formen mit der Familie und dem Grundbesitz. Die ganze seitherige Erörterung hat darzuthun gesucht, daß der Schwerpunkt des germanischen Staats- und Familienlebens in dem Grundeigenthum lag. Selbst mit der größeren Ausbildung des Königthums zog sich seine Bedeutung nur auf ein engeres Gebiet, das der richterlichen Gewalt innerhalb der Gemeinde, zusammen, eine Bedeutung, die sich als Grundlage der Schöffengewalt erhielt, solange das Recht der Erben, ihren Einspruch bei Veräußerungen von Grundeigenthum geltend zu machen, bestand, das erst mit dem Sinken der allgemeinen Wichtigkeit des Grundbesitzes zusammenbrach.

Unbestritten ist dieses Einspruchsrecht nach den Rechtsquellen des Mittelalters; darüber aber besteht Streit, ob und in welchem Umfang diese Beschränkung freier Verfügung über das Grundeigenthum schon in der ältesten urkundlichen Zeit bestanden habe. Versucht man es nicht, die wenigen Nachrichten über diese Frage dadurch zu vervollständigen, daß man das Band ihrer Einigung in der politischen Bedeutung des Grundbesitzes findet, so gelangt man zu einem Princip sittlicher Anforderung, das nicht zureicht, die Anklänge und Spuren der Berechtigung des nächsten Erben in den alten Rechtsquellen gehörig zu würdigen. Wollte man aber die Stärke der Berechtigung des nächsten Erben als in gleichem Verhältnisse zur politischen Wichtigkeit des Grundeigenthums stehend betrachten, so müßte man

annehmen, daß das Grundeigenthum in der ältesten Zeit unveräußerlich gewesen und blos durch Erbgang habe erworben werden können. Diese schon öfters ausgesprochene[1] Ansicht bleibt eine Hypothese, für die sich keine positive Stütze in den Quellen finden läßt. Ohne sie daher zu Grunde zu legen erübrigt nur, die einzelnen Quellen durchzugehen, um, so viel bei ihrer Mangelhaftigkeit möglich ist, ein Gesammtbild zu gewinnen.

I. Lex Salica.

Eine Stelle, auf die sich Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, §. 67, Note cc, und Schäffner, Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs, I., S. 77, stützen, um die Frist von einem Jahre für das Widerspruchsrecht des nächsten Erben aus den Quellen zu vertheidigen, und die Sybow, Erbrecht nach dem Sachsenspiegel, Note 561, anführt, um aus ihr das Recht zur Revocation aller Schenkungen innerhalb Jahr und Tag herzuleiten, ist der Titel 46 adfathamire. Er lautet nach Merkel's Ausgabe: De adfathamire hoc convenit observare, ut thunginus aut centenarius mallum indicant et scutum in ipso mallo habere debent et tres homines tres causas demandare debent et postea requirant hominem, qui ei non pertineat et sic fistucam in laisum jactet et ipse (l. ipsi) in cujus laisum fistucam jactavit (scil. dicat verbum) de furtuna sua quantum dare voluerit aut totam furtunam cui voluerit dare. (Scil.: Postea) Ipse, in cujus laisum fistucam jactavit, in casa ipsius manere debet et hospites tres suscipere debet et de facultate sua, de quantum ei datur, in potestatem suam habere debet. Et postea ipse cui creditum ista omnia cum testibus collectis

---

[1] Z. B. von Majer, Germaniens Urverfassung; v. Griesinger im 9. Bande der Fortsetzung von Danz; von Roth, Beneficialwesen S. 42: „den Grundbesitz ist man berechtigt ursprünglich für eine res extra commercium zu halten.“ Roth ist nur in Folge seiner durchgängig von der politischen Betrachtung des Grundeigenthums ausgehenden Quellenforschung zu diesem Resultate gekommen (conf. besonders l. c. S. 104).

agere debet. Postea aut ante regem aut in mallo illi, cui fortuna sua depotavit, reddere debet et accipiat fistucam in mallo ipso ante XII menses, (scil. illis) quos heredes appellavit (scil. donator) in laisum jactet, nec minus nec majus, nisi quantum ei creditum est. — Et si contra hoc aliquis aliquid dicere voluerit, debent tres testes jurati dicere, quod ibi fuissent in mallo, quem thunginus aut centenarius indixerunt, et quomodo vidissent, hominem illum, qui fortuna sua dare voluerit, in laisum illius, quem elegit, fistucam jactare, nominare debent denominatim illum, qui fistucam in laiso jactebat, et sic (scil. illum, cui) fortuna sua in laiso jactitur, et illum, quem heredem appellat, similiter nominent. Et alteri tres testes jurati dicere debent, quod in casa illius, qui fortuna sua donavit, ille, in cujus laiso festuca jactata est, ibidem mansisset et hospites tres aut amplius collegisset, et in beodiam pultis manducassent et testes collegisset et hospites illi tres aut amplius de susceptione gratias egissent. Ista omnia illi alii tres testes jusati dicere debent. Et hoc, quod in mallo, aut ante regem vel in legitimo, publice ille, qui accepit in laiso furtuna ipsa, ante regem aut in mallo publico legitimo, hoc est in malleborgo ante teoda aut tunginum, furtunam ilam quos heredes appellavit, publice coram hominibus fistucam in laiso jactasset. Hoc est IX testimonia ista omnia debent adfirmare.

Diese Stelle berührt die Frage über die Berechtigung des nächsten Erben nicht direct; sie beschränkt sich darauf, die gesetzlichen formellen Requisite des Actes der Uebertragung darzustellen, vielleicht, worauf die Einleitung hoc convenit observare hinweis't, ein althergebrachtes Gewohnheitsrecht gesetzlich zu sanctioniren. Die Frage über die materielle Rechtmäßigkeit der Uebertragung, insbesondere ob und in wie weit nach salischem Rechte der Erbe seine Einwilligung zur Veräußerung versagen konnte, bleibt unentschieden.

Man könnte nach dem Ausdrucke heredem appellare für ein Geschäft, das Eigenthum übertrug, und nach der gesammten

Entwicklung des deutschen Erbrechts, das ursprünglich nur der Sippe zukam, vermuthen, es sei zu einer solchen Affatomie Erbenlosigkeit nöthig gewesen, was durch die L. Rip. Titel 48 unterstützt würde, welche, späteren Ursprungs, wenigstens noch Kinderlosigkeit verlangt. Allein man müßte dann den Worten: requirant hominem, qui ei non pertinet, den Sinn unterlegen, als wollte Jemand sein Gut auf einen andern übertragen, der nicht sein natürlicher Erbe ist. Hiergegen spricht schon requirant, was auf Mehrerer Thätigkeit, die im Gerichte sind, hinweis't; hätte der Vergabende eine bestimmte Person bereit gehabt, so könnte überhaupt nur von einem requirat oder vielmehr von gar keinem requirere die Rede sein. Aber davon abgesehen ist derjenige, qui ei non pertinet, nur eine Nebenperson zur formellen Vermittlung des Geschäfts (Salmann), er erhält blos die Gewere zur treuen Hand, das Vermögen sollte ihm nicht bleiben, sondern durch ihn auf den wahren Erwerber übertragen werden. Darum heißt es von ihm als einer Mittelsperson, daß das Vermögen ihm blos anvertraut sei (ipsi, cui creditum est). Endlich ist er ganz verschieden von demjenigen, der als heres bezeichnet wird; denn die Zeugen über die erste effestucatio müssen ja angeben, wer der Tradent, wer der Empfänger gewesen und wer als heres bezeichnet wurde.

Eichhorn's Ansicht liegt offenbar nicht in der Stelle. Die erste Handlung vor der Gerichtsversammlung ist nur der Anfang des Uebertragungsactes, dessen Ende und Hauptmoment in die Handlung vor dem ordentlichen Gerichte fällt, die im äußersten Falle wenigstens innerhalb 12 Monaten, also vor Verfluß von Jahr und Tag, vollzogen sein mußte, damit nur der Anfang des ganzen Uebertragungsactes selbst die rechtliche Gültigkeit nicht wieder verliere, deren Sicherstellung übrigens auch durch Zeugenaussage erfolgte. Ansprüche, auf welche die Erben nicht verzichteten, wenn die L. Sal. dergleichen kannte, hätten also noch nach dieser Uebertragung geltend gemacht werden können, nicht blos zwischen dem ersten und zweiten Acte derselben. Durch jenen wurde überhaupt nur Jemand bestellt,

der das Geschäft wirklicher Uebertragung als Mittelsperson übernehmen sollte. Erfolgte aber nach der Vollziehung eine Anfechtung, so genügte der Nachweis erfüllter Formalität, um die Umstoßung des Geschäftes von formeller Seite zu verhindern; materielle Rechte konnten durch bloße Formenerfüllung wohl nicht ohne Weiteres aufgehoben sein. Allein von einer Frist von Jahr und Tag, innerhalb welcher die Verwandten ihr Einspruchsrecht hätten wahren und für den heres eine rechte Gewere hätte entstehen sollen, ist keine Rede.

Es läßt sich demnach aus dieser einzelnen Stelle der L. Sal. weder für noch gegen das Einspruchsrecht des nächsten Erben direct etwas entscheiden; sie berührt blos die formelle, keineswegs die materielle Seite einer Vermögensübertragung. Allein indirect beweist sie dennoch; denn die Menge der Handlungen, die sie vorschreibt und die in der form. Marc. I., 13, nur durch Uebertragung per manum regis ersetzt wird, läßt auf die Schwierigkeit der Veräußerung an sich schließen, die in nichts Anderem ihren Grund haben konnte, als in der nur schüchternen und allmähligen Auflösung der alten gebundenen Gemeinde- und Familienverhältnisse zu einer freieren Bewegung.

II. Lex Angliorum et Werinorum.

Aehnlich wie der L. Sal. erging es diesem Gesetze. Eichhorn (Rechtsgeschichte §. 57, Note k) findet in demselben das Princip des ganzen Instituts. Regel sei freie Veräußerungsbefugniß des Alodes. Denn die L. Angl. sage im Titel 13 ganz allgemein: Libero homini liceat hereditatem suam cui voluerit tradere. Dennoch gebe es Beschränkungen, entsprungen aus der Unverletzlichkeit der Ansprüche des nächsten Erben auf die Erbfolge, weil mit dem Recht auf diese auch die Verpflichtung zur Blutrache in Verbindung stand. Und hiefür enthalte wieder das Princip die (l. c. Note l citirte) L. Angl. tit. VI, cap. I: hereditatem defuncti filius non filia suscipiat. Si filium non habuit, qui defunctus est, ad filiam pecunia et mancipia, terra vero ad proximum paternae generationis consanguineum pertineat. — Cap. V.: Ad quem-

cunque hereditas terrae pervenerit, ad illum vestis bellica, id est lorica, et ultio proximi et solutio leudis debet pertinere. In gleichem Sinne, wie Eichhorn, faßt Beseler (Erbverträge I, S. 48 fg.) diese Stelle auf. Nach derselben sei dem Freien die unbeschränkte Befugniß zuerkannt, sein Erbe auf Jeden beliebig zu übertragen. — Allein Eichhorn's Princip ergibt sich als ein ungenügendes (s. §. 16) und gegen Beide spricht die von Hasse, rhein. Mus. II, S. 179, Note 23, und Gerber, medd. ad loc. spec. sax. I, 52, S. 8, Note 19, gegebene richtige Interpretation der Stelle. Hiernach redet sie nicht von der freien Veräußerungsbefugniß im Gegensatz zu einer durch das Einspruchsrecht des nächsten Erben beschränkten Disposition; was ja arg. e contr. auf ein Bewußtsein von einem derartigen Rechtssatze schließen ließe; — sondern die Worte libero cui voluerit hervorgehoben, von der nur dem Freien zustehenden Befugniß, sein Gut ohne Beschränkung von Seite eines Herrn oder politisch höher Berechtigten an Jeglichen veräußern zu können. Sie behandelt also die Frage, an wen von einem Freien veräußert werden könne; nicht diejenige, auf welche Art eine gültige Veräußerung zu geschehen habe. Im Gegensatz zu der Beschränkung höriger Leute, die nur an ihres Gleichen veräußern konnten, enthält sie die Anerkennung, daß es dem Freien gestattet sei, ohne Beeinträchtigung, frei von jedem Schutzverhältniß, sein Eigen (hereditatem terrae) zu veräußern.[2]

In der L. Angl. ist kein ausdrücklicher Ausspruch über

---

[2] Gegen diese Interpretation wirft Sandhaas in seinen germanistischen Abhandlungen S. 169. Note 10 die Frage auf: ob ein so selbstverständlicher Satz erst noch einer besondern gesetzlichen Anerkennung bedürfe, eine Frage, die nicht der Ausleger des Gesetzes zu beantworten hat. Versteht sich dieser Satz des Gesetzes von selbst, so müßte doch dasselbe von seinem Gegentheil gelten, welches gesetzlich auszusprechen auch der Mühe werth erachtet wurde. Conf. Capit. Aquis. a. 803. cap. min. 10: Ut nec colonus nec fiscalinus foras mitio possint alicubi traditiones facere. — Car. calvi ed. pist. a. 864. c. 30: Ut quoniam in quibusdam locis coloni, tam fiscales quam et de casis Dei, suas hereditates, id est mansa quae tenent, non solum suis paribus, sed et — aliis quibuscumque hominibus vendunt etc. — L. Rip. tit. LXXIV: Ut nullus cum servo traditionem vel commutationem faciat.

die Berechtigung des nächsten Erben enthalten. Griesinger zwar (in der Fortsetzung von Danz, X, S. 180) will in derselben eine Beschränkung des Veräußerers durch seine Descendenz entdecken, allein den Beweis dafür ist er schuldig geblieben.

§. 6.

III. Lex Saxonum.

Tit. XV, §. 1. Traditiones et venditiones omnes legitimae stabiles permaneant. §. 2. Nulli liceat traditionem hereditatis suae facere praeter ad ecclesiam vel regi, ut haeredem exhaeredem faciat; §. 3. nisi forte famis necessitate coactus, ut ab illo, qui hoc acceperit, sustentetur, mancipia illi liceat dare ac vendere,

Tit. XVII. Liber homo, qui sub tutela nobilis cujuslibet erat, qui jam in exilium missus est, si haereditatem suam, necessitate coactus, vendere voluerit, offerat eam primo proximo suo; si ille emere noluerit, offerat tutori suo, vel ei, qui tunc a Rege super ipsas res constitutus est. Si nec ille voluerit, vendat eam cuicunque voluerit.

Tit. VII, cap. 5. Qui defunctus non filios sed filias reliquerit, ad eas omnis hereditas pertineat, tutela vero earum fratri vel proximo paterni generis deputetur. Cap. 6. Si vidua filiam habens nupserit filiumque genuerit, tutela filiae ad filium quem tunc genuerat pertineat. Cap. 7. Si autem filium habens nusperit filiamque genuerit, tutela filiae non ad filium prius genitum, sed ad fratrem patris vel proximum ejus pertineat.

Alle Veräußerungen von Grundeigenthum sollen unanfechtbar sein, wenn sie vor Gericht vollzogen und die Rechte der Erben gewahrt sind. Eine Ausnahme von letzterer Bestimmung tritt nur ein bei Veräußerungen an die Kirche und den König. Auch kann man im Fall echter Noth ohne Rücksicht auf die Erben mancipia veräußern, um sich dadurch den Unterhalt vom Empfänger zu verschaffen; die hereditas aber soll in diesem Fall zuerst dem nächsten Erben zu Kauf angeboten werden, dann demjenigen, zu dem man in einem

Schutzverhältniß steht. Machen diese von ihrem Vorkaufsrecht keinen Gebrauch, so hat man freies Verfügungsrecht. Aus Tit. XVII folgt ein Vorkaufsrecht des Vormunds. Da nun alle Frauen unter Vormundschaft stehen, so können sie nicht veräußern ohne Zustimmung und Vorkaufsrecht dieses Vormunds.

Hiermit ist das Einspruchsrecht der Erben formell anerkannt. Jede Veräußerung der hereditas soll nur vor Gericht und unter Zustimmung der Erben stattfinden können. Im Fall echter Noth haben die Erben kein Einspruchs-, sondern nur ein Vorkaufsrecht.

Eine legitima traditio ist die rechtmäßig erfolgte Auflassung; diese geschieht aber vor dem Echteding. [1]

Das Einspruchsrecht der Erben ergibt sich aus dem Satze, daß der proximus heres im Falle echter Noth nur ein Vorkaufsrecht habe. Hierauf beschränkt sich seine Befugniß, die in den übrigen Fällen bedeutend gesteigert in einem völligen Widerspruchsrecht gegen Veräußerung von Grund und Boden bestand. Von diesem Rechte kennt die L. Sax. nur zwei Ausnahmen: zu Gunsten der Kirche und des Königs konnte eine Veräußerung von Immobilien, und im Falle echter Noth eine Veräußerung von Hörigen ohne jegliche Beschränkung erfolgen.

Hereditas bezeichnet das gesammte Vermögen oder blos Immobilien oder nur Erbgut. Die Stelle handelt aber offenbar von Veräußerungen nicht eines ganzen Vermögens, sondern einzelner Sachen. [2] Da diese Veräußerungen nun vor Gericht (legitimae) stattfinden müssen, so folgt daraus, daß es Immobilien sind, auf die sich die L. Sax. bezieht. Es ist ferner

---

[1] Daß legitimus sich auf den Act der Auflassung beziehe, beweisen Stellen wie L. Sal. XLVI, 1. 2, wo mallus publicus legitimus und mallus legitimus das Echteding bezeichnen im Gegensatz zu dem mallus, quem thunginus aut centenarius indixit, d. h. der außerordentlichen Gerichtsversammlung; und das Capit. Aquis. a. 817. cap. leg. add. c. 6: si quis res suas tradere voluerit, legitimam traditionem facere studeat.

[2] Omnes traditiones et venditiones, traditio hereditatis, traditio et venditio mancipiorum.

Eigen überhaupt gemeint und nicht bloßes Stammgut. Denn da die mancipia, die im Falle echter Noth auch ohne Zustimmung und Vorkaufsrecht der nächsten Erben veräußert werden können, in der hereditas begriffen sind, so wäre es falsch, unter hereditas blos Erbgut zu verstehen. Denn zum Erbgut konnte man doch nicht die mancipia unbedingt rechnen, die vielleicht nicht ein einziges Mal vererbt worden waren. Allein dem Eigen, den Immobilien werden sie auch im spätern Recht als Pertinenz selbst noch zugezählt, als die alte Bedeutung der Unfreiheit schon gelockert war. Aus dem Gegensatz: mancipia liceat illi dare ac vendere erhellt die Bedeutung von hereditas. Sie ist das Erbe des Schwabenspiegels, das Eigen des Sachsenspiegels. Noch sicherer läßt sich Beides aus dem XVII. Titel schließen. Denn wer aus Noth veräußert, wird wohl nicht sein Erbgut angreifen oder sein sämmtliches Vermögen weggeben. Für die Beschränkung der hereditas auf Immobilien [3] spricht der sonstige Gebrauch des Wortes, indem es entweder den gesammten Nachlaß eines Verstorbenen oder ein Grundstück ohne weitere Nebenbedeutung gleich dem Worte proprietas bezeichnet, [4] und der spätere Rechtszustand zur Zeit des Sachsenspiegels, der den Erben ein Einspruchsrecht bei allen Grundeigenthumsveräußerungen ohne Unterschied ertheilt. Als Resultat ergibt sich, daß sowohl bei Veräußerungen von Eigen unter onerosem Titel als bei Schenkungen dem nächsten Erben ein Einspruchsrecht zustand.

Im Wesentlichen stimmen hiermit Eichhorn (Rechtsgeschichte I, S. 336) und Gaupp (Recht und Verfassung der alten Sachsen, S. 202 fg.) überein, weichen jedoch durch eine andere Lesart ab, indem sie in Tit. XV nach regi eine neue

---

[3] Griesinger l. c. Bd. 10. S. 188 nimmt mancipia als pars pro toto zur Bezeichnung aller Mobilien; allein seine Interpunction ist zweifelhaft und den Beweis sowohl für jene Behauptung als dafür, daß mancipia hinsichtlich ihrer Veräußerung wie Mobilien behandelt worden seien, hat er nicht erbracht.

[4] jure proprietario und hereditario L. Bai. Tit. XVII. cap. 2. — Form. Lindenbr. 59. — Du Cange s. v. alodis §. 2. p. m. 176. Alodium idem esse dicitur, quod praedium, id est possessio, hereditas.



Periode mit nec heredem bilden und ebenso den Schluß mancipia etc. als einen eigenen Rechtssatz fassen.[5] Zu ganz andern Resultaten gelangt aber Beseler (Erbverträge I, S. 50, 59). Er findet in der L. Sax. XV, §. 2, eine Beschränkung der unbedingten Veräußerungsbefugniß, eingeführt zu Gunsten der Descendenten im Fall einer Vergabung, welche völlige Enterbung derselben zur Folge haben würde. Die Worte praeter ad ecclesiam vel regi hält er für einen Zusatz, der jünger sei, als die erste Redaction des Gesetzes. Denn „nur gegen die Kirche konnte jene Beschränkung der Vergabungen gerichtet sein; aber sie strebte sich davon frei zu machen, und mochte den König zur eigenen Sicherung in ihr Interesse zu ziehen suchen". Also wäre die Beschränkung durch den nächsten Erben in der ursprünglichen L. Sax. gegen die Kirche gerichtet und erst später wieder durch jenen Zusatz aufgehoben worden. Allein traditio kann in §. 2 nicht blos Vergabung bezeichnen, da §. 1 und §. 3 ganz allgemein von dare und vendere handeln, also überhaupt von lucrativen und onerosen Rechtsgeschäften. Traditio in §. 2 ist nichts anderes, als die legitima traditio und venditio in §. 1 und §. 3, also Auflassung. Ferner kann heres in §. 2 nicht blos den Descendenten bezeichnen. Denn mag das Wort auch beschränkteren Sinn haben, so wird es doch nicht gewöhnlich in diesem Sinne gebraucht[6] und Beseler

[5] Die gewöhnliche Lesart ist wohl derjenigen der editio Tiliana vorzuziehen, will man nicht mit Tit. XVII in Widerstreit kommen. Nach Eichhorn und Gaupp kann jeder im Falle echter Noth sein Eigen aller Art frei veräußern, Tit. XVII beschränkt aber dieses Recht durch den Vorkauf der Erben; die mancipia aber kann er auch ohne den Fall echter Noth willkührlich veräußern. Dem widerspricht aber die Gleichstellung der mancipia mit den Immobilien (conf. Beseler, Erbverträge I, S. 58) und die Behandlung derselben im Ssp. I, 52. Endlich läßt wohl auch die innere Construction die gewöhnliche Lesart als die richtigere erscheinen; denn nachdem §. 1 erklärte, daß jede legitima traditio stabilis sein solle, enthält §. 2 eine Beschränkung, die ihre Begründung in dem Recht der Erben auf das liegende Gut findet. Es läßt sich also ut heredem suum exheredem faciat nicht von nulli liceat traditionem facere trennen. §. 3 aber macht eine Ausnahme von diesem Recht der Erben hinsichtlich der mancipia.

[6] S. Beseler l. c. S. 15.

hätte Gründe für die abweichende Bedeutung anzuführen. Das versuchte schon Griesinger (l. c. Bd. 10, S. 210—215), allein nur ungenügend. Denn er hat die Behauptung, daß auch alle andern Gesetze diese Beschränkung machen, nicht nachgewiesen, und sicher läßt sich bezweifeln, daß bei einer Enterbung gewöhnlich und in der Regel Kinder und Descendenten vorzugsweise gemeint seien. Auch ist es unrichtig, daß nach der aufgestellten Interpretation §. 2 nehmen würde, was §. 1 gibt; denn der ganze Titel gestattet die Veräußerung nur dann, wenn sie legitima ist und ohne exheredatio erfolgte. Der schließliche Grund Griesinger's, daß durch seine Interpretation allein das Recht zur Zeit des Sachsenspiegels mit der L. Sax. übereinstimmend erscheine, trifft nicht zu, weil nach dem spätern Rechtszustande ohne allen Zweifel nicht blos den Descendenten das Einspruchsrecht zugestanden wird. Vergleicht man Titel XV mit Tit. XVII, wo der proximus heres genannt ist, so scheint nicht allein von Descendenten die Rede zu sein. Dafür, daß unter hereditas der gesammte Nachlaß zu verstehen sei, hat weder Beseler noch Griesinger einen Grund angeführt; man müßte nur den von Griesinger S. 236, Note m beigebrachten gelten lassen, daß die alten Sachsen ganz gewöhnlich nur ein einziges Grundstück im Vermögen gehabt hätten und daher der Geist des Gesetzes dahin gehe, daß Niemand alle seine Liegenschaften veräußern dürfe, denn wer nur Ein liegendes Gut besitze, dessen sämmtliche Liegenschaften bestehen auch nur in diesem einen Gute. Beseler's Ansicht kann man um so weniger theilen, als dadurch eine völlige Enterbung zu Gunsten des Königs und der Kirche gestattet sein würde. Die Annahme, die Worte praeter ad ecclesiam vel regi seien ein Einschiebsel späterer Zeit, wird damit begründet, daß Karl d. Gr. Schenkungen an die Kirche beschränkt habe. Betrachtet man aber den Charakter der Capitularien Karls d. Gr. über diese Beschränkung, so hat Beseler selbst l. c. S. 57 fg. gezeigt, daß sie alle von Verletzungen und Beraubungen sprechen, die durch „Berückung einfältiger Menschen“,[7] durch „Bedrückungen armer

[7] Capit. Aquisgr. a. 811. c. 5.

Leute",[8] durch Ausschluß der Erben auf fremden Betrieb,[9] also überhaupt durch Erschleichung erfolgten. Ließe man die Worte praeter ad ecclesiam vel regi fallen, so enthielte die L. Sax. ein so ausgedehntes Veräußerungsverbot, daß es seinen Zweck weit überschießen und mit den Capitularien nicht in Einklang zu bringen sein würde.[10] Für Sachsen ferner, wo das Christenthum erst Wurzel fassen sollte, Kirchen gebaut und dotirt werden mußten und der Sinn des Volkes einer zu großen Freigebigkeit gegen die ihm aufgedrungene Religion nicht gestimmt sein mochte, bedurfte es ohnehin dieser Beschränkungen nicht, vielmehr erklärt sich recht wohl, wie selbst die unbeschränkte Veräußerung von Immobilien mit Aufhebung des Einspruchsrechtes der Erben sanctionirt werden konnte. Der Zusatz regi ist ebensowenig auffallend, wenn man bedenkt, wie groß das Interesse sein mußte, in Sachsen eine feste Stellung zu gewinnen.

Demnach bedeutet heres denjenigen Verwandten, welcher gerade ein wirksames Anrecht an dem Grundstück hat, hereditas dieses Grundstück selbst, exheredem facere eine Handlung, wodurch der Erbe um sein Recht gebracht wird.[11]

Nicht weniger bestritten sind die Sätze des XVII. Titels. Vor Allem darf man sich nicht dadurch verwirren, daß man unter dem exul, von dem er handelt, den nobilis versteht statt des liber homo, qui sub tutela nobilis cujuslibet erat. Denn mag auch mit der Verbannung meist Confiscation verbunden gewesen sein,[12] so war einerseits dies doch nur der regelmäßige

---

[8] Capit. dupl. in Theod. vill. prom. a. 805. commun. c. 18.

[9] Capitt. Anseg. L. II. c. 31. (cfr. Walter, corp. jur. germ. II. S. 446.)

[10] conf. Sandhaas, Germanistische Abhandlungen S. 185.

[11] conf. exheredari in Lud. Pii cap. Aquisgr. a. 817. c. 7.

[12] Dieß hebt Gaupp, Recht und Verfassung der alten Sachsen S. 215 fg. hervor. — Gaupp äußert S. 217, „daß ihm nicht recht deutlich werde, wozu die Verbannung des Edeln erst erwähnt zu werden brauchte, um die einfache Regel auszudrücken, auf die es doch allein anzukommen schien". Versteht man unter dem exul den Freien, so ergibt sich der Zusammenhang zwischen der Verbannung und dem Vorkaufsrecht des tutor von selbst und die Überschrift de exulibus darf nicht verworfen und mit de venditionibus vertauscht werden.

Fall; andererseits ist die Annahme, daß in der Person des tutor die Veränderung erfolgte, worauf die Worte vel ei qui tunc a rege super ipsas res constitutus est, hindeuten sollen, schon deshalb unhaltbar, weil der tutor neben dem königlichen Güterpfleger des exul erwähnt ist, also offenbar von verschiedenen Personen gesprochen wird. Dieser tutor kann kein anderer sein, als der nobilis, der eben die tutela hatte. Wäre er verbannt, so könnte nicht ein tutor vel is, qui a rege constitutus est, zusammengestellt sein. Daß aber kein wirklicher Vormund gemeint ist, folgt daraus, daß nicht er selbständig, sondern daß der exul die Veräußerung vornehmen, der tutor aber nur das Recht des Vorkaufs haben soll. Auch fiele wohl die Person eines regelmäßigen tutor zumeist mit dem proximus heres zusammen.[13] Die tutela dieser Stelle ist die Vogtei als Schutzverhältniß über einen Freien, mochte hierunter nun ein Freigelassener oder ein Freigeborner verstanden sein, der sich in dieses Verhältniß zu einem Mächtigeren begeben hatte, um hierdurch die mangelnde Sicherheit zu gewinnen. Nach der L. Rothar. 225 gab die manumissimo per impans oder eine Freilassung, wobei der Herr nicht ausdrücklich das Schutzrecht übernahm, dem König Schutz- und Successionsrecht an den Freigelassenen, si sine heredibus legitimis ipse, qui amund factus est, mortuus fuerit.[14] Hieraus entsprang das

---

[13] An ein Dienstgefolge (Beseler l. c. S. 62) kann man nicht denken. Denn abgesehen, wie weit hier ausgeholt werden muß (Tacitus Germ. cap. XIII. l. c. in Note 36) und daß die alte Dienstgefolgschaft die Verhältnisse des Grundeigenthums nicht berührte, weil sie kein Abhängigkeitsverhältniß von einem einzelnen Privaten war, stand nicht dem nobilis, sondern nur dem princeps des Tacitus das Recht eines Dienstgefolges zu.

[14] Ebendahin deutet das Capit. legi Bojoar. add. cap. 6 (Pertz, Legum tomus I. p. 126): Qui per cartam ingenuitatis dimissi sunt liberi, ubi nullum patrocinium et defensionem non elegerint, similiter regi conponantur quadraginta solidis. Auf letzteres Schutzverhältniß bezieht sich z. B. die charta divisionis imperii a 806. cap. 8. 9. 10: et unusquisque liber homo post mortem domini sui licentiam habeat se commendandi inter haec tria regna ad quemcunque voluerit. Similiter et ille, qui nondum alicui commendatus est. — Conf. Form. Sirm. 43 (Walter corp. jur. germ. III, 397): Me in vestrum mundiburdium tradidi — eo

Vorkaufsrecht des vom Könige bestellten Vormunds, eine analoge Ausdehnung des Vorkaufsrechtes des natürlichen proximus heres. Der tutor ist also der Schutzherr, entweder der durch den liber selbst gewählte oder der König und sein Vertreter an seiner Statt. [15] Beseler's Interpretation trägt, um die Ansicht unbegrenzter Veräußerungsbefugniß zu retten, Einschränkungen in die Stelle, welche den ganzen Titel als eine Singularität erscheinen lassen. Betrachtet man ihn aber unbefangen, so behandelt er einen Fall der echten Noth. Das Einspruchsrecht des nächsten Erben wird wie in anderen dergleichen Fällen auf den Vorkauf beschränkt, aber auch dem mundualdus eingeräumt. [16] Die Anerkennung eines solchen Rechtes der Erben für Fälle der Bedrängniß und Noth setzt aber ein größeres Recht derselben

---

modo, ut — ingenuili ordine tibi servitium vel obsequium impendere debeam. — L. Long II, 44, 4 de liberis hominibus, qui super alterius terram raesident, constituimus, ut secundum legem patroni eorum eos ad placitum adducant.

[15] Beseler erklärt sich l. c. S. 62 hiergegen, weil man dem alten erblichen Adel das mundium, den Inbegriff der Familienmacht über den Freien, nicht zugestehen könne. Daß der Adel erblich war, ändert nichts, blieb ja doch dem unvollkommen Freien stets die Möglichkeit, sich von diesem Schutzverhältniß loszukaufen (L. Burg. Tit. 57), und wenn dasselbe manche Bestandtheile des Familienrechts enthält, z. B das Recht der Wehrgeldsforderung, der Vertretung bei Gericht, der Beerbung vor der Seitenverwandtschaft des Freigelassenen bis zur dritten Generation, — Rechte, die auch auf die Erben des Patrons übergingen; — so entspringt daraus immer noch nicht der Inbegriff einer Familienmacht über den Freien, die dem erblichen Adel zugestanden hätte.

[16] Die ganze Singularität bezieht sich also auf das Verhältniß des Vogtes. Deßhalb spricht die Stelle von einem exul, qui jam in exilium missus est, und erst jetzt necessitate coactus veräußern muß; eben dahin weist das tunc in: qui tunc a rege constitutus est. Beim exul soll nicht, wie in andern Fällen der echten Noth, blos der proximus heres den Vorkauf haben, sondern auch der Vogt; denn der exul stand nicht blos im Erbenverhältniß zu seinen Verwandten, sondern auch zum mundualdus, dem in Ermanglung von berechtigten Verwandten das Erbrecht zukam. Die Beschränkung der freien Dispositionsbefugniß durch ein Vorkaufsrecht blos bei Veräußerungen eines exul würde, wollte man mit Beseler das Einspruchsrecht des Erben weiter nicht anerkennen, eine durch nichts gerechtfertigte Anomalie sein.

voraus, wenn aus anderen Rücksichten veräußert werden sollte. Dahin deutet auch der XV. Titel, der die Verletzung der Rechte des Erben überhaupt verbietet (ne heredem exheredem faciat).

Zu weit geht auch Eichhorn, wenn er (Rechtsgeschichte I, §. 68, unter Nro. 1) sagt: „Beim Verkaufe fand ein gesetzliches Vorkaufsrecht statt, wenn unbewegliche Erbgüter veräußert wurden; es stand in diesem Fall dem nächsten Erben, und nach diesem, wenn der Veräußernde in einem mundium stand, auch den hierzu Berechtigten zu." Will Eichhorn nicht mit Tit. XV in Widerspruch gerathen, so wird wohl auch hier der Satz auf Verkäufe aus echter Noth beschränkt werden müssen (s. l. c. §. 57, Note n und z), bei welchen das Einspruchsrecht der Erben wegfiel und sie consentiren mußten, wenn sie die Sache nicht selbst durch Kauf an sich bringen oder die echte Noth heben wollten. Eine allgemeine Regel, daß überhaupt bei oneroser Veräußerung von Immobilien dem Erben nur ein gesetzliches Vorkaufsrecht zustand, folgt aus dieser Stelle nicht.

Sandhaas, germanistische Abhandlungen S. 189, hat die richtige Ansicht von der Stelle und hebt mit Recht hervor, daß der ganze Titel mehr das Verhältniß des tutor als des nächsten Erben betreffe.[17]

Die Bestimmungen der L. Sax. gehen dahin:

1) Jede Veräußerung von Immobilien ist unanfechtbar, wenn sie vor dem Echteding vollzogen und das gesetzliche Einspruchsrecht der nächsten Erben nicht verletzt wurde.

2) Dieses besteht sowohl bei onerosen Veräußerungen als bei Schenkungen in dem Rechte der Zustimmung oder des Widerspruchs, das aber bei Veräußerungen aus Noth zu einem Vorkaufsrecht wird.

3) Das Recht selbst übt der jedesmal nächste Erbe aus.

4) Eine Ausnahme von diesen Grundsätzen tritt in doppelter Rücksicht ein, indem

[17] Die am Schlusse gegen Gerber gemachte Bemerkung trifft nicht. Denn die Rechte der Erben sind eben in Titel XVII auf das Vorkaufsrecht beschränkt, und Gerber sagt nichts anderes, als daß diese Beschränkung bei echter Noth eintrete, nicht daß die Rechte der Erben überhaupt nach dieser Stelle „eigenthümlich beschränkt" seien.

a) im Falle der Noth mancipia frei veräußert werden können;
b) Veräußerungen an den König und die Kirche auch ohne Berücksichtigung des Einspruchsrechtes der Erben erfolgen können.

§. 7.

IV. Lex Ripuariorum.

Tit. XLVIII: Si quis procreationem filiorum vel filiarum non habuerit, omnem facultatem suam in praesentia Regis, sive vir mulieri, sive mulier viro, seu cuicunque libet de proximis vel extraneis, adoptare in hereditatem vel adfatimi per scripturarum seriem seu per traditionem, et testibus adhibitis, secundum legem Ripuariam licentiam habeat. — Tit. XLIX: Quod si adfatimus fuerit inter virum et mulierem, post discessum amborum ad legitimos heredes revertatur, nisi tantum, qui parem suam supervixerit, in eleemosyna vel in sua necessitate expenderit.

Man darf diese Stellen nicht aus dem Zusammenhange reißen und gesondert betrachten.[1] Beide Stellen behandeln vielmehr dasselbe Rechtsinstitut, die Affatomie, deren Voraussetzungen der XLVIII. Titel, deren Wirkungen der XLIX. angibt.[2] Eine Vergabung von Todes wegen war also nach ripuarischem Rechte nur möglich, wenn weder Söhne noch Töchter vorhanden waren, die ihre etwaigen Rechte sogleich hätten geltend machen können. Sie sollte erfolgen dürfen zwischen Ehegatten unter einander, aber auch an Jeden aus der Verwandtschaft, ja sogar an Nichtverwandte.[3] Die zahlreichste Anwendung

[1] Dieß hat Sandhaas l. c. gethan, indem er S. 167 den Titel XLVIII für diejenige Ansicht anführt, die das Recht des nächsten Erben läugnet, und S. 183 den Titel XLIX als „vollbeweisend" für die entgegengesetzte Annahme citirt.

[2] S. Eichhorn, Rechtsgeschichte. I. §. 57. Note O.

[3] Letzteres war wohl höchst selten der Fall und von der Sitte der Zeit verworfen. Einen Beleg hiefür bietet die L. Roth. 365, welche bei der Auswahl der Eideshelfer diejenigen Verwandten ausschließt, die eine Vergabung von Todeswegen an einen Nichtverwandten vorgenommen hatten: — —

mochte die Affatomie bei kinderlosen Ehegatten finden, und wie daher in der Aufzählung und Reihenfolge des Titels XLVIII (mulier und vir, — proximus, — endlich extraneus, —) keine Zufälligkeit herrscht, sondern eine absteigende Stufenfolge nach der Häufigkeit des Geschäftes; so liegt in dem Hervorheben der Affatomie zwischen Ehegatten in Titel XLIX keine Besonderheit, sondern das Aufgreifen gerade des häufigsten Falles der Vergabung. Dieselben Wirkungen, die Titel XLIX ihm zuschreibt, muß man daher auch den Fällen einer Vergabung an Verwandte oder Nichtverwandte beilegen, wenn dadurch Rechte näher stehender Erben verletzt wurden. Denn hob nicht einmal die Vergabung an den Ehegatten die Rechte der Erben auf, so konnte eine Vergabung an Fremde noch weniger diesen Erfolg haben.[4]

Der Inhalt beider Titel ist folgender:

1) Hat Jemand Kinder, so kann er ohne ihre Zustimmung keine Art von Veräußerung vornehmen.

2) Ascendenten und Seitenverwandte haben das Einspruchsrecht blos bei einer Affatomie, die Eigenthum übertragen, nicht bei derjenigen, durch welche ein Nießbrauch bestellt werden soll. Hier bleibt ihnen nur der Rückfall beim Tode des Nutznießers.

3) Diese Bestimmungen sollen nach ripuarischem Rechte eintreten, wie es ausdrücklich in Art. 49 hervorgehoben ist. Das ripuarische Recht stellt eine Ausnahme von dem Rechte anderer Stämme fest, die in nichts Anderem bestehen kann, als

excepto illo, qui gravem inimicitiam cum ipso, qui pulsatur, commissam habet, id est si ei plagam fecerit, aut in morte ejus consenserit, aut res suas alii thingaverit, ipse non potest esse consacramentalis, quamvis proximus sit, eo quod inimicus et extraneus esse invenitur.

[4] Anstatt zu schließen, daß bei einer Vergabung an Fremde die Rechte der Erben noch wirksamer bleiben mußten, als bei einer Affatomie zwischen Ehegatten, lassen Manche, z. B. Sandhaas und Beseler, nicht einmal dieselbe Norm für beide Fälle gelten, sondern nehmen dem Erben im Falle der Vergabung an Fremde alle Rechte. Bei einer Vergabung zwischen Ehegatten geben sie ihm entweder das Eigenthum und dem überlebenden Ehegatten blos ein Leibzuchtsrecht, oder sie schreiben, wie Beseler thut, beiden Ehegatten in Folge der Affatomie das Gesammteigenthum zu. Schon diese Interpretation spricht gegen ein Auseinanderziehen beider Titel.

in der Beschränkung des Einspruchsrechtes der Seitenverwandten. Nur dem Descendenten bleibt das Recht, der Veräußerung, die in einer Vergabung zu Leibzucht liegt, entgegenzutreten; Seitenverwandte mußten sie sich gefallen lassen und hatten blos den Rückfall beim Tode des Begabten.

4) Vergabungen des gesammten Vermögens zu Leibzuchtsrecht haben vor dem Könige Statt zu finden.[5]

5) Veräußerungen an die Kirche oder in echter Noth sind frei gestattet.

Gegen dieses Resultat aus den Bestimmungen der L. Rip. hat sich besonders Griesinger, l. c. Bd. 10, S. 106—172, ergangen. Sein Beweis, der mehr aus den Formeln geführt wird (s. §. 10), soll erbringen, daß eine Ueberlassung sämmtlichen Vermögens sowohl zu Eigenthum als zu Nutznießung ohne Rücksicht auf die Seitenverwandten gestattet gewesen sei, wenn man nur keine Descendenz gehabt habe; Ehegatten hätten sich den lebenslänglichen Genuß sämmtlichen Vermögens unter derselben Voraussetzung mangelnder Descendenz zuwenden können; daraus folge, daß auch wenn Kinder da waren, eine Vermögensquote oder ein einzelnes Gut ohne ihre Zustimmung zu Nutznießung übertragen werden konnte. Mit Recht hat Griesinger S. 108 die beiden Titel 48 und 49 zusammengenommen und S. 149 adoptare in hereditatem als identisch mit Affatomie aufgefaßt; allein er hätte sich auch consequent bleiben sollen. Denn die Affatomie, von welcher beide Titel handeln, wird im Titel XLVIII als eine gerichtliche Auflassung dargestellt, die per scripturarum seriem seu (conjunctiv = et s. Beseler, Erbverträge I, S. 103, Note 16) per traditionem et testibus adhibitis erfolge. Nachdem hiermit ihre Form ausgesprochen ist, erläutert der XLIX. Titel ihre Wirkung, daß durch dieselbe nur Nutznießung, kein Eigen-

[5] In dieser Hinsicht enthält eine Erweiterung das Capit. in lege Ribuaria mitt. a. 803. c. 9 (48): Qui filios non habuerit, et alium quemlibet haeredem sibi facere voluerit, coram rege vel coram comite et scabinos vel missus dominicus, qui tum ad justitias faciendas in provincia fuerint ordinati, traditionem faciat.

thum, und nach dem Tode des Begabten Rückfall auch jener an den legitimus heres herbeigeführt werde. Griesinger's Behauptung, der XLIX. Titel enthalte eine bloße Auslegungsregel für den Fall, daß die kinderlosen Ehegatten „nur überhaupt und im Allgemeinen und ohne alle nähere Bestimmung" sich das Vermögen zusichern würden (S. 136), erhellt nicht aus dem Gesetze. Der Grund, es sei der Natur der menschlichen Empfindungen angemessen, daß ein Gatte zwar dem andern, aber nicht auch dessen Verwandtschaft sein Vermögen zuwenden wolle, würde gerade dafür sprechen, daß das Gesetz keine Interpretationsregel enthalte, sondern eine Bestimmung, wie weit ein Ehegatte einseitig, d. h. ohne Zustimmung seiner Seitenverwandten, über sein Vermögen disponiren könne. Griesinger's Polemik gegen Reinhard S. 140 fällt auf ihn selbst zurück; denn da nach dem XLIX. Titel kinderlose Ehegatten einander ihr Vermögen „nur nutznießlich verschreiben" können, ohne Rücksicht auf den legitimus heres zu nehmen, hätte Griesinger zuerst zu erbringen, daß auch eine Eigenthumsübertragung ohne diese Rücksicht stattfinden konnte, was aus den Bestimmungen der L. Rip. nicht zu erweisen ist. Titel XLVIII berührt die Wirkung der Affatomie, wenn sie ohne Zustimmung der Ascendenten oder Seitenverwandten geschieht, nicht; Titel XLIX dagegen bestimmt, daß sie in diesem Falle bloße Nutznießung zur Folge haben solle. Damit ist aber nicht gesagt, daß ein kinderloser Gatte sein Vermögen nicht auch zu vollem Eigenthum übertragen könne; nur treten hierbei die gewöhnlichen Grundsätze ein, nach welchen der legitimus heres zuzustimmen hat. Den Grund der Beschränkung seines Einspruchsrechtes für den Fall der Bestellung einer Nutznießung hat Griesinger selbst S. 115 mit Recht in der fränkischen Gesetzgebung über die ehelichen Güterrechte gesucht.

§. 8.

V. Lex Baiuvariorum.

Tit. XIV, cap. IX: De eo, qui sine liberis moritur. §. 3. Si autem maritus ejus, qui nec filios nec

filias nec nepotes nec pronepotes, nec ullum de propinquis habet, (sed) in uxorem aut donatione aut testamento sive partem sive omnes contulerit facultates, et haec deinceps in viduitate persistit, et memoriam mariti cum pudicitia castitatis observat, omnia quae a marito ei sunt donata possideat, et ea in quem voluerit pro suo jure transfundat.

Tit. I, cap. I: Ut si quis liber Baiuvarius vel quiscumque alodem suam ad Ecclesiam vel quamcunque rem donare voluerit, liberam habeat potestatem.

Ut si quis liber persona voluerit et dederit res suas ad Ecclesiam pro redemptione animae suae, licentiam habeat de portione sua, postquam cum filiis suis partivit. Nullus eum prohibeat, non Rex, non Dux, nec ulla persona habeat potestatem prohibendi ei. Et quicquid donaverit, villas, terram, mancipia, vel aliquam pecuniam, omnia quaecunque donaverit pro redemptione animae suae, hoc per epistolam confirmet propria manu sua ipse, et testes abhibeat sex vel amplius si voluerit, et imponant manus suas in epistola, et nomina eorum notent ibi quos ipse rogaverit. Et tunc ipsam epistolam ponat super altare, et sic tradat ipsam pecuniam coram sacerdote qui ibidem servit et posthaec nullam habeat potestatem exinde quicquam auferre, nec ipse nec posteri ejus, nisi defensor Ecclesiae ipsius per beneficium praestare voluerit ei, sed apud Episcopum defendantur res ecclesiae, quicquid a christianis ad Ecclesiam Dei datum fuerit.

Cap. II: De his qui contra legem Ecclesiam fraudare voluerint.

Si quis aliqua persona contra res Ecclesiae injuste agere voluerit, vel de rebus Ecclesiae abstrahere voluerit, sive ille qui dedit vel heredes ejus, aut qualiscunque homo praesumpserit, inprimis incurrat Dei judicium et offensionem sanctae ecclesiae, et judici terreno persolvat auri un-

cias tres et illas res Ecclesiae reddat, et alias similes addat, Rege cogente vel Principe qui in illa regione judex est.

Conf. Decreta Tassil. cap. 2. 6.

Nach zwei Richtungen spricht sich das bayerische Volksgesetz aus, einerseits indem es Schenkungen und Vergabungen zu Eigenthum unter Ehegatten nur zuläßt, wenn sie keine Verwandten haben; andererseits indem es, dem Einfluß der Kirche nachgebend, Schenkungen zum Seelenheil nach der Abtheilung mit den Söhnen rücksichtlich des eigenen Theiles ganz ungehindert gestattet.

Eine Vergleichung mit dem ripuarischen Recht gewährt einen leichteren Ueberblick:

1) Das bayerische Rechtsbuch spricht sowohl von Schenkungen als Vergabungen, das ripuarische nur von letztern.

2) Das bayerische Recht spricht von Schenkungen und Vergabungen des gesammten Vermögens, das ripuarische dagegen kennt nur eine Vergabung des gesammten Vermögens.

3) Ueber die Rechte der Erben bestimmt das bayerische Volksgesetz, daß, wenn eine Ehe unbekindert ist, die Wittwe die Hälfte des Nachlasses, ist sie bekindert, einen Kindestheil zu lebenslänglichem Nießbrauch erhalten soll; bei ihrer Wiederverheirathung oder ihrem Tode fällt dieser Nießbrauch den Kindern oder Verwandten zu.[1] Diesen gesetzlichen Nießbrauch kennt das ripuarische Recht nicht; wenn der Frau nicht ausdrücklich durch den Willen des Ehemannes ein solcher eingeräumt war, so blieb ihr nur dos, Morgengabe und ein Drittheil der Errungenschaft. Nach bayerischem Recht konnte also hinsichtlich jenes Nießbrauchs der Wittwe das Einspruchsrecht des nächsten Erben nicht zur Sprache kommen. Dagegen sollten Schenkungen oder Vergabungen unbedingt erlaubt sein, wenn dem Ehemann keine berechtigten Verwandten entgegenstehen. Anstatt daß das Vermögen dem Staate zufällt (XIV, 9, 4), bleibt es ihm überlassen, dasselbe seiner Frau zuzuwenden. In der ganzen Bestimmung liegt also keine Be-

[1] L. Baiuv. XIV. c. 6—9.

schränkung der Rechte des nächsten Erben, sondern der Rechte des Fiscus. Waren dagegen Verwandte vorhanden, so unterschied hier das bayerische Gesetz nicht, wie das singuläre ripuarische, zwischen Descendenten und entfernteren Verwandten. Diese wie jene haben das Einspruchsrecht, wenn irgend eine Veräußerung, auch nur zu Leibzucht, erfolgte; es wird ihnen blos bei Schenkungen für das Heil der Seele entzogen [2] und auch hier tritt eine Beschränkung zu Gunsten der Söhne, der nächsten unter allen Erben, ein. Denn mit ihnen muß der Schenkende zuerst abgetheilt haben, [3] über seinen zurückbleibenden Theil steht ihm aber dann freie Dispositionsbefugniß zu. War nicht abgetheilt worden, so mußten sie entweder zustimmen [4] oder konnten ihren Antheil herausfordern. [5]

Die L. Bai. enthält also über das Recht zu Schenkungen folgende Normen:

1) Zu jeder Schenkung bedarf es der Zustimmung der nächsten Erben, wenn sie unanfechtbar sein soll.

2) Eine gesetzliche Ausnahme bildet nur das Recht zu Schenkungen an die Kirche zum Heil der Seele, bei welchen die Verwandten ihr Einspruchsrecht verlieren und nur die Söhne einen gesetzlichen Anspruch auf Abfindung erhalten.

---

[2] Sieht man hierin mit Eichhorn Veräußerungen aus echter Noth, so versteht sich die freie Veräußerungs-Befugniß von selbst, da von einem Vorkaufsrecht der Erben hier natürlich keine Rede sein konnte.

[3] Nach bayerischen Diplomen erhielten die Söhne die Hälfte des Vermögens. conf. Meichelb. I, 2. No. 113. 115 vom J. 794 und 802.

[4] Urkunde v. J. 758 (Meichelb. I, 1. pag. 59) Dedicata autem ecclesia advocata conjuge et filio meo A. simul cum aliis parentibus meis cum eorum consilio et consensu et eorum manibus impositis quidquid proprie hereditatis habere videbar, firmiter tradidi. — Urkunde v. J. 765 (eod. I, 2. No. 13.) Ego P. vir nobilis congregavi multitudinem parentum meorum nobilium virorum, per quandam dubitationem filiorum meorum consiliavi cum illis, sicut ipsi consilium eorum mihi per fidem dederunt, ut hereditatem meam domui S. Mart. tradidissem. Interea contigit, ut condictum est publicum synodum seu alium placitum ad F. fieri, et ego P. veniens veniebam cum parentibus et fidelibus meis et coram omni clero seu parentibus meis confirmantibus firmiter et indubitanter tradidi.

[5] s. Urkunden v. J. 794 und 802 (eod. I. 2. n. 113. 115).

3) Eine Beschränkung des Rechtes der Erben liegt ferner in dem gesetzlichen Nutznießungsrecht der Ehefrau.

4) Das Successionsrecht des Fiscus erleidet eine Beschränkung durch die Befugniß eines verwandtenlosen Ehemanns zu Schenkungen an seine Ehefrau.

Auffallend ist es, wie Beseler l. c. S. 22 für seine Ansicht sich auf das bayerische Recht berufen will, „indem es Regel gewesen, den Erben, wenn sie eine Veräußerung anfechten sollten, mit Fluch und Geldstrafe zu drohen". Tit. I, cap. 2, der dafür citirt wird, setzt ein begründetes Recht der Kirche voraus; Schenkungen und Veräußernngen an sie mußten also schon rechtsgültig vorgenommen worden sein. Dann aber soll Jeder, nicht blos die Erben, der einen ungerechten Proceß gegen die Kirche erhebt oder Sachen derselben wegnimmt, neben der kirchlichen Bestrafung von dem weltlichen Richter um drei Goldunzen gebüßt und gezwungen werden, die widerrechtlich entzogenen Gegenstände zurückzugeben und ebensoviele von gleichem Werthe dazu. Ferner scheint Beseler S. 57 anzunehmen, daß das bayerische Gesetz jede Schenkung auch an Dritte, nicht blos an die Kirche, ohne Beschränkung gestatte, wenn der Schenkende nur abgetheilt habe. Allein diese Befugniß wird auf Schenkungen an die Kirche beschränkt. Griesinger l. c. S. 211 behauptet, daß nach Titel XIV, cap. 9, §. 4, das bayerische Rechtsbuch nur den Descendenten ein beschränkendes Einspruchsrecht gewähre. Diese Stelle lautet: Quod si maritus et mulier sine herede mortui fuerint, et nullus usque ad septimum gradum de propinquis et quibuscunque parentibus invenitur, tunc illas res fiscus adquirat. „Unter dem heres, führt er aus, werden nur Descendenten verstanden, was klar daraus erhellt, daß von anderen propinquis gleich hernach gesprochen wird." (conf. ibid. S. 184—187.)

Die Stelle XVII, 2, die von Manchen noch angezogen wird, handelt nicht von einem Anspruche, den der nächste Erbe erhebt, weil er in seinem Einspruchsrechte verletzt wurde, sondern von einem Dritten, der eine Erbschaft machte und in Folge dessen ein Grundstück vindiciren will, für das nun der Käufer

desselben seinen auctor stellt, der sich gleichfalls auf ein Erbrecht am Grundstück stützt.

VI. Lex Alamannorum.

Tit. I. De liberis qui res suas ad Ecclesiam Dei tradunt.

§. 1. Si quis liber res suas vel semetipsum ad Ecclesiam tradere voluerit, nullus habeat licentiam contradicere ei, non Dux, non Comes, nec ulla persona; sed spontanea voluntate liceat Christiano homini Deo servire et de propriis rebus suis semetipsum redimere. Et qui hoc voluerit facere, per chartam de rebus suis ad Ecclesiam, ubi dare voluerit, firmitatem faciat, et testes sex vel septem adhibeat, et nomina eorum ipsa charta contineat, et coram sacerdote qui ad eandem Ecclesiam deservit, super altare ponat: et proprietas de ipsis rebus ad ipsam Ecclesiam in perpetuum permaneat.

§. 2. Et si aliqua persona, aut ipse qui dedit, vel aliquis de heredibus ejus, postea ipsas res de ipsa Ecclesia abstrahere voluerit, vel aliquis homo qualiscunque persona hoc praesumpserit facere, et effectum quem inchoavit, non obtineat, (et Dei judicium incurrat, et excommunicationem sanctae Ecclesiae,) et multam illam quam charta continet, persolvat, et res illas ex integro reddat, et fredum in publico solvat, sicut lex habet.

Tit. II. De liberis qui res suas ad Ecclesiam Dei tradunt, et in beneficium sub usufructuario accipiunt.

§. 1. Si quis liber res suas ad Ecclesiam dederit, et per chartam firmitatem fecerit, sicut superius dictum est, et post haec a pastore Ecclesiae per beneficium susceperit ad victualem necessitatem conquirendam diebus vitae suae, et quod spondit persolvat ad Ecclesiam censum de illa terra, et hoc per epistolam firmitatis fiat, ut post ejus discessum ullus de heredibus non contradicat. Et si contigerit ut post mortem ejus qui dedit illas res filium relin-

quat, et forsitan ipse vult dicere quod hereditas paterna sibi sit legitima ad possidendum, et pater ejus non dedisset, nec firmitatem fecisset, non liceat ei jurare; sed ipsa charta quam pater ejus fecit praesens veniat, et illi testes qui manus suas in charta miserunt, una cum Presbytero Ecclesiae, sicut lex habet, ita testificentur, quod ipsi ad praesens fuissent, et oculis suis vidissent, et auribus audissent quod pater ejus illas res ad Ecclesiam dedisset, et chartam fecisset, et illos ad testes advocasset: hoc per sacramentum dicant, quod nos veri testes sumus. Post haec pastor Ecclesiae res suas possideat, et ille praesumptor qui contradixerit, illam multam quam charta continet ad Ecclesiam persolvat.

§. 2. Si autem illa charta aut arserit aut perdita fuerit quam ille homo fecit, tunc liceat illi heredi cum testibus nominatis quinque, ipse sit sextus, in ipsa Ecclesia jurare quod pater ejus nec chartam fecisset nec ad illa loca sancta dedisset. Et si hoc praesumpserit facere, illas res possideat.

Tit. LXXXVIII. Ut fratres post mortem patris eorum hereditatem non dissipent antequam dividant eam.

Si quis fratres post mortem patris eorum aliquanti fuerint, dividant portionem patris eorum. Dum hoc non fuerit factum, nullus rem suam dissipare faciat usque dum aequaliter partiant.

Selbst Eichhorn, Rechtsgeschichte I, S. 328, führt die letzte Stelle für den Satz an, daß nach den Volksrechten wenigstens die Regel für die freie Befugniß nicht blos zu onerosen Veräußerungen, sondern auch zu Schenkungen gewesen sein müsse. Allein das enthält doch gewiß wenigstens diese Stelle nicht. Sie untersagt dem einen der Brüder, — und diese erben nach alamannischem Rechte zunächst an dem Nachlaß, — vor der Theilung mit dem andern alle einseitigen Dispositionen über das gemeinschaftliche Vermögen, handelt also nicht vom Einspruchsrechte des nächsten Erben. Vorausgesetzt

auch, daß der Bruder der nächste Verwandte des Disponirenden und somit sein Consens zur Veräußerung erforderlich wäre, so kann doch die ganze Frage über das Einspruchsrecht erst entstehen, nachdem die Abtheilung und Ausscheidung erfolgte. Hasse, rhein. Mus. II, S. 179, Note 23, will die Stelle auf bewegliche Sachen beschränken, doch führt er keinen Grund dieser Einschränkung an und aus dem Text erhellt sie ebensowenig, als Griesinger's l. c. S. 180 und 134, Note kk gegebene Interpretation, in Folge welcher er bei gehöriger, „cum grano salis“ vorgenommener Auffassung des Titels LXXXVIII findet, daß „eine kinderlose Person frei mit ihrem Vermögen habe schalten können, ohne sich um ihre Intestaterben zu bekümmern“.

Dagegen gestatten die beiden andern citirten Titel einen Rückschluß auf das Einspruchsrecht des Erben. Die L. Alam. enthält hier, wie die L. Baiuv., Bestimmungen zu Gunsten der Schenkungen an die Kirche. Diese sollen,

1) wenn sie von einem Freien geschehen, durch Niemandes Widerspruch gehindert sein;

2) soll durch sie die Kirche das Eigenthum erhalten, wenn die feierliche Auflassung vorgenommen ist, dem pastor ecclesiae aber gestattet sein, den lebenslänglichen Nießbrauch gegen einen Zins dem Schenkenden zu überlassen. Doch soll

3) weder der Schenkende selbst, noch einer seiner Erben, die rechtsgültig geschehene Vergabung widerrufen und das Geschenkte wegnehmen dürfen. Vielmehr verlieren die Erben ihr Einspruchsrecht, wenn die Schenkung an die Kirche nur in der gesetzlichen Form erfolgt war. Das Hauptgewicht wird hierbei auf die Abfassung einer Urkunde gelegt. Processirt aber der Erbe oder der Schenkende selbst widerrechtlich, so verfällt er neben der kirchlichen Bestrafung in die ihm in der Urkunde angedrohte Buße, hat das Entzogene unversehrt zu restituiren und das gesetzliche Friedensgeld zu erlegen.

Die so oft hervortretende Aehnlichkeit zwischen der L. Baiuv. und Alam. erscheint auch hier evident. Beseler ist daher nicht berechtigt, die Bußandrohung der L. Alam. als zu

seinen Gunsten sprechend anzuführen. Denn auch sie handelt von einem widerrechtlichen Angriffe der Schenkung und unterscheidet sich von der L. Baiuv. nur dadurch, daß letztere eine gesetzliche Buße fixirt, jene dagen die Bestimmung derselben in der über das ganze Geschäft aufgenommenen Urkunde voraussetzt. Aus der Sicherstellung solcher Geschäfte gegen Anfechtung von Seiten der Erben folgt aber offenbar, daß letztere ein wohlbegründetes Recht hatten, um ihre Stimme befragt zu werden.

Die L. Alam. gestattet demnach den Schluß, daß zwar Schenkungen an die Kirche durch Niemandes Widerspruch gehindert sein sollen, nicht aber anderweitige Schenkungen. Freilich läßt dieses Ergebniß hinsichtlich der onerosen Geschäfte ein völliges Dunkel; allein um die Frage über das Bestehen eines mehr oder weniger gesteigerten Einspruchsrechtes darzuthun, ist auch dieses Rechtsbuch von Wichtigkeit.

§. 9.

VII. Lex Burgundionum.

Tit. I. De libertate donandi patribus attributa, et muneribus regiis. C. I. Quia nihil de praestita patribus donandi licentia vel munificentia, dominantium legibus fuerat constitutum, praesenti constitutione omnium uno voto et voluntate decrevimus, ut patri etiam antequam dividat, de communi facultate et de labore suo cuilibet donare liceat, absque terra sortis titulo acquisita, de qua prioris legis ordo servabitur.

C. II. Aut si cum filiis diviserit, et portionem suam tulerit, et postea de alia uxore filios habuerit aut unum aut plures, illi filii, qui de secunda uxore sunt, in illam, quam pater accepit, portionem succedant: et illi, qui cum patre dividentes portiones suas fuerant consecuti, ab eis penitus nihil requirant.

Tit. XXIV. De mulieribus Burgundiis ad secundas vel tertias nuptias transeuntibus. C. I. Si qua mulier duntaxat Burgundia post mariti mor-

tem ad secundas aut tertias nuptias, ut adsolet fieri, fortasse transierit, et filios habuerit, ex omni conjugio, donationem nuptialem dum advivit usufructu possideat: post ejus mortem ad unumquemque filium, quod pater ejus dederat, revertatur: ita ut mater nec donandi, nec vendendi, nec alienandi de his rebus, quas in donatione nuptiali accepit, habeat potestatem.

C. II. Si forte mulier illa filios non habuerit, quidquid ad eam de donatione nuptiali pertinuit, post mortem mulieris medietatem parentes ejus, medietatem defuncti mariti donatoris parentes accipiant.

C. III. Ceterum si quis filiorum matri per testamentum aliquid, aut donationem contulerit, mater exinde faciendi quod voluerit liberam habeat potestatem.

C. IV. Aut si intestata defecerit, mulieris parentes hereditatem ejus suo dominio vindicabunt.

C. V. Si quis Burgundio filios habet, tradita filiis portione, de eo, quod sibi reservavit, donare aut vendere, cui voluerit, habeat liberam potestatem.

Tit. XIV. De successionibus et sanctimonialibus.

C. VI. Si autem illa (sc. puella qui se Deo voverit) unum tantum habuerit fratrem, non medietatem, sed tertiam partem (sc. de hereditate patris, hoc est, de ea tantum terra, quam pater ejus sortis jure possidens mortis tempore de reliquit, cf. C. V) consequatur, ea scilicet conditione, ut post obitum illius quae foemina et sanctimonialis est, quidquid in usufructuario de paternis rebus percepit, ad proximiores parentes pertineat, nihil illa exinde alienandi potestatem habitura, nisi forsitan quod ex matris bonis, id est, in recellulis vel ornamentis, aut ex suo potuerit labore conquirere.

Tit. LXXXIV. De venditione terrarum. C. I. Quia cognovimus Burgundiones sortes suas nimia facilitate distrahere, hoc praesenti lege credidimus statuendum, ut

nulli vendere terram suam liceat, nisi illi qui alio loco sortem aut possessiones habet.

C. II. Hoc etiam interdictum, ut quisque habens alibi terram, vendendi necessitatem habet, in comparando, quam Burgundio venalem habet, nullus extraneus Romano hospiti praeponatur nec extraneo per quodlibet argumentum terram liceat comparare.

C. III. Observandum tamen, ut de illo ipse hospes suus comparet, quem alibi terram habere constiterit.

Tit. LI. De his, qui debitas filiis substantiae suae portiones non tradiderint. C. I. Quamlibet haec in populo nostro antiquitus fuerint observata, ut pater cum filiis propriam substantiam aequo jure divideret; tamen emissa jam pridem lege custodiri hujusmodi ordinem jussimus, et patrum utilitatibus consulentes adjecimus, ut ex eo, quod in portione patris veniebat, faciendi quod voluisset, haberet liberam potestatem. Sed quia in nostra nuper disceptatione praeclaruit, Athilam quendam et antiquae constitutionis seriem praeterisse, et saluberrimae legis praeceptionibus resultasse, nec debitam tradidisse filio portionem, et ita facultatem suam per inlicitos scripturarum titulos ad alias transtulisse personas, ut nihil exinde ad filium voluerit pertinere: ne quisquam improbum hujusmodi sequeretur exemplum, quod contra legem fecerat, ex lege jussimus non valere, omnemque ejus substantiam filio addiximus possidendam. Judicium quoque nostrum ut praesumptoris inobedientiam resecavit, ita inditam legibus generalis praecepti justitiam retinebit. Idcirco salvo eo, quod in hujusmodi negotiis promulgata dudum lege praecepimus, quisque patrum filiis competentes substantiae non tradiderit portiones, nihil in contrarium per scripturam in praejudicium faciat filiorum: aut si fecerit, nullius poterit esse momenti.

C. II. Illud tamen hujuscemodi legis vigore placuit

diffiniri, ut filius de portione quam acceperit, faciendi quod voluerit liberum potiatur arbitrium: ita ut si sine sobole moriatur, et patrem ejus superesse fatorum decreta permiserint, et de rebus in suo dum adviveret jure compositis neque donationem fecerit, neque condiderit testamentum, pater suus ita successionem, de qua loquimur suis partibus vindicabit, ut nihil exinde abalienandi potestatem habeat; ipsoque in fata collapso ad reliquos filios defuncti fratris substantia remanebit.

Das burgundische Gesetzbuch kennt das Einspruchsrecht des nächsten Erben, wie es sich besonders in der L. Sax. ausspricht, nicht mehr, und es kann dies auch bei den Burgundiern nicht auffallen. Denn sie waren ein Volksstamm, der seit seinem ersten Erscheinen, wo er sich im Besitz der römischen Linien befand, mit den Römern in ununterbrochener Verbindung blieb. Nachdem sie im obern Germanien sich angesiedelt hatten, standen sie zum römischen Reich im Verhältnisse eines verbündeten Volkes und anerkannten die Hoheit Roms. Bei der Völkerwanderung waren sie, im Gegensatz zu den Franken, den südlichen von Römern stärker besetzten Gegenden zugezogen. Diese mannigfache Berührung und Verschmelzung veranlaßte den bedeutenden Einfluß des römischen Rechts auf den gesammten Rechtszustand, der auch in dieser Frage, wie die angeführten Gesetzesstellen beweisen, mannigfache Aenderungen erlitt. Sie zu fixiren war der ausgebildeten Königsmacht der Burgundier leicht möglich. Auch sollte das Gesetz nach Sigismunds Vorrede sowohl Römer als Burgundier betreffen, Recht schaffen inter Burgundionem et Romanum.

Nach Tit. LI, 1 war es ein altes Gewohnheitsrecht gewesen, daß ein Vater nur dann frei über sein Vermögen disponiren konnte, wenn er mit seinen Söhnen — den nächsten Erben nach burgundischem Rechte — zuvor abgetheilt hatte. Dieses Gewohnheitsrecht hatte König Gundobald durch eine eigene Constitution anerkannt und zum Gesetze erhoben. Ehe abgetheilt war, sollte weder Vater noch Sohn frei über das

Vermögen verfügen können.[1] Es zeigt sich auch hier Aehnlichkeit mit dem bayerischen und alamannischen Volksrechte; das burgundische jedoch gestattet noch weiter gehend freie Dispositionsbefugniß nicht blos bei Schenkungen an die Kirche, sondern bei allen Veräußerungsgeschäften (Tit. LI; XXIV, 5). Allein die Rechtsentwicklung sträubte sich selbst gegen das Gebot der Abtheilung, das in Tit. LI und XXIV, 5, ausgesprochen wurde. Mannigfach suchte man das nicht in der Zeit liegende Gesetz zu umgehen, obgleich selbst die Strafe gänzlicher Vermögensentziehung dagegen angewandt worden war. Deshalb mußte Gundobald in Tit. I, 1 eine Modification seiner Constitution geben. Nach dem neuen Gesetze sollte nun unterschieden werden zwischen solchen Grundstücken, die ein Burgundier durch das Loos bei der Landtheilung zugetheilt erhalten hatte, und dem sonstigen Vermögen desselben (communis facultas et labor suus). Hinsichtlich der sors sollte es beim alten Recht sein Bewenden haben; um über sie frei disponiren zu können, mußte der Vater mit seinen Söhnen zuvor abtheilen. In Betreff des übrigen Vermögens fiel diese Rücksicht auf die Söhne weg.

Eichhorn, Rechtsgeschichte I, S. 332, deducirt hieraus, daß Verschenkung von Erbgütern gegen den Widerspruch des Erben untersagt gewesen sei. Allein sortes sind im burgundischen Gesetze wohl nicht Erbgüter, sondern die durch das Loos dem Einzelnen bei der Landtheilung zugefallenen Grundstücke. Auch ist nirgends angedeutet, daß die Zustimmung der Erben eine Veräußerung der sortes gültig gemacht hätte. Dagegen wird in Tit. XL und LXIII sowohl ererbtes als gewonnenes Gut (conlatas sibi vel donationis vel hereditatis nomine facultates) der ungehinderten Verfügung übergeben. Kann man

---

[1] Conf. auch Tit. LXXV, c. 1 und XIV, c. 6. 7, wonach die puella sanctimonialis über die portio, die ihr der Vater mitgab, freie Verfügung bekam. Hatte sie aber eine portio nicht erhalten, so soll sie den bloßen Nießbrauch an einem Drittel oder bei mehr als 3 concurrirenden Brüdern an einem Kopftheil der „terra, quam pater ejus jure sortis possidens dereliquit", bekommen: „nihil illa exinde alienandi potestatem habitura".



daher nach burgundischem Recht die formelle Anerkennung freier Disposition nicht läugnen; so gestattet doch der überall zu Tage tretende Zwiespalt neuerer und älterer Rechtszustände und die durch römische Einflüsse hervorgebrachte freiere Behandlung des Grundeigenthums den Rückschluß auf eine Zeit, in welcher das Einspruchsrecht der Blutsfreunde noch in ursprünglicher Ungetrübtheit, wie in dem sächsischen Rechtsleben, bestand. Das burgundische Gesetz liefert den deutlichsten Beweis, wie mit dem Eindringen des römischen Rechts und mit der Zerbröckelung der alten deutschen auf Grundbesitz gegründeten Gemeindeverfassung die Wichtigkeit des letzteren für die Familie sinken mußte. Jene dürftige Bestimmung über die Veräußerung der sortes soll den Burgundier gegen die Verarmung des römischen hospes schützen. Ueberall hat römisches Recht sich den Einfluß gesichert und ist auch in diesem Rechtsinstitute durchgedrungen.

VIII. Lex Visigothorum.

Aus der L. Vis. wird gewöhnlich Buch IV, 2, 13, hierher bezogen. Allein diese Stelle handelt von den Befugnissen des überlebenden Ehemannes über das mütterliche Vermögen seiner Kinder, namentlich für den Fall einer Wiederverheirathung, gibt ihm den Nießbrauch desselben und verbietet jegliche Ueberschreitung desselben. Er soll ein Inventar vor dem Richter oder den Verwandten der verstorbenen Frau aufnehmen und letzteren zu getreuer Verwaltung des Mutterguts seiner Kinder sich verpflichten. Aus demselben Grund entzieht der folgende Titel auch der überlebenden Mutter die Dispositionsbefugniß über den in ihrem Nießbrauch befindlichen Erbtheil der Kinder. In Buch IV, 2, 20, wird dem kinderlosen Ehegatten die Fähigkeit ertheilt, ganz frei über sein Vermögen zu verfügen; weder Ascendenten noch Seitenverwandte sollen hiergegen Einwendungen machen können.[2] Sollte ein solcher Ehegatte noch Kinder erhalten, so trifft Buch IV, 2, 19, die Bestimmung, daß ihnen sämmtliches

---

[2] Quia recta linea decurrens non habet originem, quae cum successione naturae hereditatem possit accipere.

Vermögen bis auf ein Fünftel bleiben solle: ein posthumus aber soll, wenn der parens praemortuus über das Vermögen eine Disposition traf, jedenfalls drei Viertel erhalten. Wo man eine Erwähnung des Einspruchsrechts der Erben vermuthen könnte, nämlich bei der näheren Normirung der Verhältnisse der gothischen sortes und bei den dabei zur Sprache kommenden Rechtsgeschäften (liber X), findet sich nicht eine einzige Spur. Auch Buch V, 1, 1, berührt die Frage nicht, ja bezieht sich nicht einmal nothwendig auf Immobilien.[3] Eben so wenig spricht sich Buch V, 1, 4, oder überhaupt das fünfte Buch, das von Dispositionen unter Lebenden und von Todes wegen handelt, darüber aus; es werden vielmehr die römischen Grundsätze vom Testament und solche über Abfassung einer Urkunde bei Vermögensdispositionen auseinandergesetzt, des Einspruchsrechtes der Erben aber geschieht keine Erwähnung. Dem ganzen Charakter des westgothischen Gesetzes und den Schicksalen des Volkes gemäß konnte von den alten Grundsätzen wenig erhalten bleiben. Das Gesetzbuch, planmäßig bearbeitet und seinem Inhalte nach größtentheils jüngern Ursprungs, sollte für Römer und Gothen gleiche Rechtsgrundsätze aufstellen. Deshalb mußte ein germanisches Institut, das so tief aus der deutschen Gemeinde- und Familienverbindung entsprang, aufgegeben und in das römische Notherbrecht verschmolzen werden.

XI. Leges Longobardorum.

L. Roth. CLXVIII. Nulli liceat sine certa culpa filium suum exheredare, nec quod ei debetur per legem alii thingare.

---

[3] Man gebe, lautet diese Stelle, Jedermann für seinen Dienst den Lohn; das gebühre sich auch bei gottesdienstlichen Handlungen: Et terrena debemus impendere, et impensa legum soliditate servare. Daß hier terrena so wenig als heut zu Tage das „Irdische", das wir dem Himmel aufopfern, gerade auf Vergabung von Grundstücken beschränkt sei, leuchtet wohl ein. Die Bezahlung gottesdienstlicher Gebühren von Seite der Verwandtschaft soll unweigerlich geschehen und ihre rechtliche Nothwendigkeit hiermit ausgesprochen sein. S. dagegen Walters deutsche Rechtsgesch. §. 446. Note 3.

Ibid. CLXX. Item sicut nec patri licitum est sine justa caussa, aut culpa filios suos exheredare, ita nec filiis liceat vivo patre cuicunque res suas thingare, aut per quemlibet titulum alienare, nisi filios forte, aut filias legitimas, aut filios naturales dimiserit, ut ipsis secundum legem conservet.

Ibid. CCCLXV. Si quis alii wadiam et fidejussorem de sacramento dederit, omne quod per wadiam et fidejussorem obligavit, adimpleat, et ille qui pulsat, et wadiam suscepit, proximiores sacramentales, qui nascendo sunt, debeat nominare tantum. Excepto illo, qui gravem inimicitiam cum ipso, qui pulsatur, commissam habet, id est, si ei plagam fecerit, aut in morte ejus consenserit, aut res suas alii thingaverit, ipse non potest esse sacramentalis, quamvis proximus sit, eo quod inimicus et extraneus esse invenitur.

Auch das Recht der Longobarden ist vom römischen beherrscht. Besonders im Erbrechte treten überall Anklänge der Pflichttheilsberechtigung und des Testaments als der Umwandlung der Vergabung durch Auflassung in eine einseitige Willensverordnung hervor.[4] Von dem Einspruchsrechte des nächsten Erben bei Dispositionen über das Grundeigenthum enthält es keine Andeutung. Aus der angeführten L. Roth. 365 folgt, daß den Verwandten kein Recht zustand, letztwillige Vermögensvergabungen an Fremde zu verhindern, wenn es auch gleich dem Gefühle und der sittlichen Anschauung als eine Unbilligkeit und Feindseligkeit erschien, die selbst gesetzliche Berücksichtigung fand. Wenn ihnen aber nicht einmal hier ein Recht zustand, so konnte es um so weniger bei Veräußerung einer einzelnen Immobilie der Fall sein. Die in der L. Roth. 168 und 170 erwähnte Erbberechtigung der Kinder ist eine Uebertragung der

[4] Wie tief der Unterschied des longobardischen Rechts von demjenigen anderer deutschen Stämme sein mußte, beweist der Umstand, daß die Sachsen Italien wieder verließen, weil ihnen die Longobarden nicht gestatteten, nach eigenem Rechte zu leben.

Novelle 115 ins longobardische Recht;[5] die in L. 174 ausgesprochene Repräsentation des Erblassers römische Anschauung. Die L. 169 zählt die Enterbungsgründe auf und die LL. 171, 154, 158—162 führen die Erbtheile der Kinder näher aus. Ueberall hat hier das römische Recht den Sieg über das deutsche errungen. Eichhorn (Einleitung §. 344, Note 6; Rechtsgeschichte I, §. 59a, Note m und n; §. 68, 2) findet freilich in den longobardischen Gesetzen das Einspruchsrecht des nächsten Erben. Er beruft sich auf die L. Roth. 171 und 173, worin enthalten sei, daß durch eine Vergabung des gesammten Erbes oder eines Theiles desselben die Rechte des nächsten Erben übertragen würden; dies geschehe durch die Aufnahme ins Gesammteigenthum, welche, wie jede Eigenthumsübertragung, öffentlich vor Gericht stattgefunden habe. Allein gegen Eichhorns aus dem Worte thinx und thingare in der L. Roth. 173 gezogene Folgerung, daß eine Vergabung nach longobardischem Recht stets habe vor Gericht vollzogen werden müssen, spricht die L. Roth. 172 und die daselbst angeführte Formel, wonach die blose Gegenwart von Zeugen genügte. Durch die L. 171 wird aber nicht erwiesen, daß die Vergabung auf den Bedachten die Rechte des nächsten Erben übertrug. Denn die von Eichhorn angenommene Theorie des Gesammteigenthums, das durch eine Vergabung entstehe (Einleit. §. 168, 1), ist unhaltbar (s. §. 15). Die richtige Ansicht erhellt aus der L. Roth. 173, welche dem Bedachten ausdrücklich das Eigenthum an den übertragenen Gegenständen zuschreibt (conserva in tuam proprietatem), dem Vergabenden aber eine ausgedehnte Nutzung läßt, die sich selbst bis zu der Veräußerung einzelner Vermögenstheile steigerte, wenn der Bedachte den in echter Noth befindlichen Nutznießer, nachdem ihn dieser zur Hilfe aufgefordert hatte, nicht unterstützen wollte. Eichhorn, Rechtsgeschichte I, §. 68, 2, findet hierin ein gesetzliches Vorkaufsrecht. Ein solches liegt aber nicht im Gesetze; und wie wäre es überhaupt nach der Theorie vom Gesammteigenthum, in welches der durch die Vergabung Bedachte

---

[5] S. Savigny, Gesch. des röm. R. im M.A. II. §. 78.

tritt, noch möglich, daß der eine Gesammteigenthümer von dem andern erst kaufen sollte, was er schon im Eigenthum hat? Wie es demnach keine Aufnahme ins Gesammteigenthum gab, so bestand auch keine dadurch herbeigeführte Uebertragung der Rechte des nächsten Erben. Daß die Ausdrücke heres, exheredare, die dem thinx und thingare entgegengestellt sind, die Folgerung auf eine Uebertragung der Rechte des Erben nicht zulassen, beweis't der oftmalige Gebrauch des Wortes heres für den durch eine Zuwendung von Todes wegen Bedachten.[6] Wenn man aber auch nicht zugeben kann, daß die LL. Lang. bestimmte Andeutungen des Einspruchsrechtes der Erben enthalten, so lassen sich doch Spuren der Gleichartigkeit früherer Rechtszustände mit den Rechten der Erben bei Völkern, die fremdem Einflusse entzogen blieben, nachweisen. Sie sind:

1) Die Bevorzugung der männlichen ehelichen Descendenz. Der posthumus legitimus rumpirt eine Vergabung; aus den angeführten Gesetzen folgt, daß eine thingatio vom Sohn oder Vater über das gesammte Vermögen nur vorgenommen werden konnte, wenn eine justa causa[7] vorlag.

2) Die Bevorzugung der parentes proximi neben den ehelichen Töchtern, den außerehelichen Kindern und der agnatischen Schwester.[8]

§. 10.

Formeln und Urkunden. — Nothwendiger Zusammenhang der öffentlichen Auflassung mit dem Einspruchsrechte des nächsten Erben.

Betrachtet man die alten Urkunden- und Formeln-Sammlungen, so läßt sich die Berücksichtigung der Erben schon von

---

[6] conf. L. Sal. Tit. XLIX.

[7] L. Roth. 169.

[8] L. Roth. 158. 159. 160. Besonders aus dem in der letzten Stelle angeführten Vormundschaftsverhältniß der heredes legitimi über die soror legitima im Gegensatz zu der Vormundschaft der naturales filii über die filiae legitimae, sowie aus dem in diesen Stellen hervortretenden Gegensatze zwischen den heredes proximi und den Descendenten läßt sich folgern, daß unter den parentes proximi die nächsten männlichen Verwandten zu verstehen sind.

frühester Zeit in ihnen nicht verkennen; ihrem Charakter gemäß haben sie aber die Rechte verschiedener Stämme und getrennter Classen innerhalb dieser, sowie verschiedener Zeiten zum Gegenstande und vertreten neben dem deutschen auch römisches Recht. Zugleich entfalten sie ein Durch- und Weiterbilden des Rechtsstoffes von Seite der Praxis und entscheiden daher oft concrete Fälle nach der unmittelbar herrschenden Rechtsüberzeugung, nach dem Gewohnheitsrechte.[1]

Neben diesem Einfluß sich verändernder Rechtsgewohnheiten und neben der Verschiedenheit der Urkunden und Formeln nach den verschiedenen Volksrechten darf man ihren Ursprung und ihre Verfasser nicht vergessen. Die Geistlichkeit war so wenig wie der König für das Einspruchsrecht des nächsten Erben günstig gestimmt.[2] Die meisten Urkunden beziehen sich aber auf Rechtsgeschäfte zwischen Laien und der Kirche, bei welchen ein doppeltes Moment die freie Verfügung über das Grundeigenthum begünstigte: daß die Geistlichkeit nach römischem Recht lebte und daß die Kirche durch die Gesetzgebung mannig-

[1] Nur so ist es erklärlich, wie Marc. II, 12 sagen kann: diuturna sed impia inter nos consuetudo tenetur, ut de terra paterna sorores cum fratribus portionem non habeant. Eichhorn hat, wenn man nicht etwaige Abweichungen der Formeln auf ein derogirendes Gewohnheitsrecht zurückführen kann, den Charakter derselben treffend bezeichnet (Rechtsgesch. I. S. 333, w): „die Formeln, welche von Übertragung zu vollem Eigenthum sprechen, können so wenig beweisen, daß diese rechtsbeständig war, als die Formeln, in welcher uneheliche Kinder mit den ehelichen, Töchter mit den Söhnen gegen den klaren Inhalt der Gesetze gleichgestellt werden, daß diese ihre Gültigkeit verloren haben. Solche Verfügungen sind Beweise, daß man die alten Rechtsgewohnheiten, vorzugsweise in den romanischen Provinzen, zuweilen bei Seite setzen wollte; ob aber immer mit Erfolg, erhellt daraus nicht, und entscheidet auf keine Weise gegen das ursprüngliche Recht.“ Ein Beweis, wie wenig dergleichen Urkunden Schutz gewährten, liegt darin, daß man sich besonders zu Schenkungen und Vergabungen königliche Bestätigung einholte, und Roth, Geschichte des Beneficialwesens, S. 219 vermuthet mit Recht, daß man sie auf diese Weise vor dem Widerspruch der Verwandten sicher stellen wollte.

[2] conf. L. Sax. Tit. XV. §. 2. Man kann daher wohl mit Hasse, Rhein. Mus. II, 179. Note 23, sagen: „daß die Formeln nicht immer alles enthielten, was zu bedenken war, was als Requisit gedacht werden konnte“, mochte dieser Mangel nun absichtlich sein oder unabsichtlich.

fach privilegirt war. Nimmt man noch auf den Einfluß der Geistlichkeit durch Bildung und überragende Stellung Rücksicht, sowie auf die religiöse Anschauungsweise, die in äußerlich werkthätiger Freigebigkeit gegen die Kirche hervortrat, so läßt es sich erklären, wie ein Rechtssatz, dessen Spuren überall entgegentreten, in den Formeln und Urkunden nicht mit voller Schärfe zu Tage kommt. Allein verkennen läßt er sich nicht. Seine Wirkungen greifen vielmehr bald in die kirchlichen Privilegien hinüber und selbst die Geistlichkeit, obgleich so vielfach geschützt, sah sich zu seiner Anerkennung genöthigt. Diese erfolgte auf doppelte Weise: einerseits indem man sich nicht mehr damit begnügte, daß die bei Uebertragung des Grundeigenthums gegenwärtigen Verwandten keinen Einspruch erhoben, sondern sich gegen Anfechtung von ihrer Seite dadurch zu schützen suchte, daß man sie als Zeugen des Rechtsgeschäfts aufführte;[3] andererseits indem man die Erben, im Falle sie das Geschäft angreifen sollten, mit dem ewigen Zorne Gottes, der einstigen Verwerfung, der Excommunication und dem Fluche des Veräußernden bedrohte.[4] Es muß doch einleuchten, daß dergleichen nicht nöthig gewesen wäre, wenn überhaupt keine Berechtigung der Erben existirt hätte. Freilich konnte durch solche Androhungen kein Recht gewonnen werden und es mochte öfters der Fall sein, daß trotz derselben ein Veräußerungsgeschäft siegreich angegriffen wurde.[5] Daß sie aber bei der damaligen religiösen Bildung, sowie überhaupt durch den so energisch ausgesprochenen Willen des Veräußerers einen mächtigen Hebel zur Aufrechthaltung desselben bilden mochten, ist nicht zu bezweifeln.

---

[3] conf. Meichelb. Urk. vom J. 755 und 758. I, 1. 53. 59; Urk. circa a. 764. No. 30. I, 2. — Form. Goldast. No. 45 bei Canciani II. Bd. pag. 433. — Urk. v. J. 731 bei Neugard, cod. dipl. S. 10; v. J. 744. eod. S. 13. — Conf. die Zustimmung zu einer kirchlichen Veräußerung nach sächsischem Recht a. 796 bei Lacomblet I. No. 6; nach bayerischem Recht Urk. v. J. 770. Meichelb. I, 1. 68. 69.

[4] s. besonders Marc. II, 3.

[5] Darauf deuten Formeln, in welchen der Veräußernde für den Fall des Angriffs sich einer Strafe unterwirft; z. B. Marc. II, 19. — conf. app. Marc. XIV. XVII. XLVIII. LI.

Einen sichern Schluß auf das Einspruchsrecht des Erben läßt die Androhung einer Geldbuße gegen denselben zu, im Fall er die erfolgte Veräußerung angreifen würde. Eine Strafauflage hätte denjenigen nicht treffen können, der ein ihm zustehendes Recht verfolgen wollte; ihre Anwendung setzte vielmehr voraus, daß ein Verzicht auf dieses Recht stattgefunden und der Verzichtende sich freiwillig der Strafe für den Fall des Entgegenhandelns unterworfen hatte. Der Zeitpunkt, in welchem diese Einwilligung gegeben wurde, war der Act der Auflassung. Denkt man sich diese als ein öffentliches vor der versammelten Gemeinde im Volksgerichte zu vollziehendes Rechtsgeschäft, so war dem Erben die Möglichkeit gewährt, durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzicht seiner Rechte sich zu begeben; wird aber die Auflassung zu einem vor Zeugen zu vollziehenden Acte, so sieht man für den Erben keine Gelegenheit zur Geltendmachung seines Einspruchsrechtes. Der innige Zusammenhang zwischen beiden Rechtsinstituten hat sich aus dem alten Rechtszustande bis in das Mittelalter fortwährend erhalten.

Vor der Gemeinde fand die Uebertragung von Immobilien statt. Da alle politischen Rechte sich an den Grundbesitz knüpften,[6] so war nicht blos die Familie selbst, sondern die ganze Volksgemeinde betheiligt. Daher erfolgte in ihrer Versammlung die feierliche Einkleidung in das Grundeigenthum, vestitura, Auflassung, die ein Act des öffentlichen wie des Privatrechts war und die Uebertragung der dinglichen Berechtigung an einen Dritten bewirkte. Dieser Uebergang mußte nach altem Rechte stets vor versammeltem Volksgerichte geschehen; die investitura, vestitura, bildete einen gerichtlichen Act. Ist durch sie das dingliche Recht übergegangen, so hat derjenige, der es erwarb, ein Recht auf die Vornahme der traditio: er konnte Besitzübertragung verlangen. War dagegen die traditio schon vor der Auflassung erfolgt, so mußte, da jene nur den Besitz der Sache verschaffte, die Bekleidung mit dem dinglichen Rechte im competenten Gerichte noch nachgeholt wer-

[6] s. oben S. 2 und 4.

den.[7] Die Symbole der Investitur drücken den Uebergang des Rechtes selbst aus, die der Tradition das Besitzergreifen des Grundstücks in Folge einer bereits begründeten rechtlichen Macht. Diese Trennung der öffentlichen Uebertragung des dinglichen Rechts von der Einweisung in den Besitz findet sich gerade in den ältesten Quellen, nur bezeichnen sie beide Acte oft durch dasselbe Wort.[8]

Diesen offenbar alt hergebrachten Grundsätzen widerspricht die spätere Gesetzgebung der Capitularien nicht. Man beruft sich zwar für das Gegentheil auf Capit. ad leg. Sal. a. 803, c. 6, und Capit. Aquisgr. a. 817, cap. leg. add. 6, die aber beide die Auflassung in der Volksversammlung einem außerordentlichen Falle gegenüberstellen, in welchem jene nicht möglich ist, weil der Veräußerer sich außerhalb des Comitats der belegenen Sache befindet.[9]

---

[7] Capit. Aquisgr. a. 817. cap. leg. add. 6. Coram testibus rerum suarum traditionem faciat, et fidejussores vestiturae donet, qui ei qui illam traditionem accipit vestituram faciat. — Urk. bei Meichelb. I, 2. No. 395. Ipse M. tradidit, ut sit stabilis in perpetuum. Fidejussores S. A. C. ad vestituram seu firmitatem hujus traditionis perficiendam.

[8] Grimm, R.A. S. 556. — conf. L. Sal. Tit. LVI. adfathamire. Nach dieser Stelle kann nur die Bestellung des Salmanns auch im gebotenen Gerichte erfolgen. — L. Ripuar. Tit. LIX. LX: das bei den Franken gewöhnliche chartam levare soll im öffentlichen Gerichte selbst (in mallo), also bei der Auflassung vorgenommen werden, die Urkunde jedoch, wenn ihre Aufnahme nicht zu Stande gekommen war, auch durch Zeugen ersetzt werden können. Regelmäßig war aber die Abfassung einer Urkunde. Da diese nun in den symbolischen Schmuck der ganzen Investitur hereingezogen wurde, bildete ihre Aufnahme einen im öffentlichen ungebotenen Gerichte zu vollziehenden Act. — conf. L. Sax. Tit. XV. — (s. Gerber, medd. ad locum spec. Sax. pag. 6.)

[9] Das Capit. ad leg. Sal. a. 803. c. 6 stellt die Vornahme der Übertragung im Gericht der belegenen Sache als Princip an die Spitze. Da eine solche im Kriege oft unmöglich war, erwuchsen Streitigkeiten über die Gültigkeit der auf den Feldzügen erfolgten Vergabungen. In diesem cap. 6 erließ nun Karl der Gr. ein Gesetz mit rückwärts wirkender Kraft, in welchem alle Vergabungen, die inzwischen an die Kirche erfolgt waren, für gültig erklärt wurden, wenn nicht etwa schon ein Proceß über sie anhängig war.

Von dem Grundsatze der Publicität, der im fränkischen und sächsischen Rechte klar ausgesprochen, im bayerischen und alamannischen nicht geleugnet ist, sondern aus der Natur der Sache, den Urkunden und dem späteren Rechtszustande gefolgert werden kann, machen das burgundische, westgothische und longobardische Recht eine Ausnahme. Wie das Einspruchsrecht des Erben in ihnen untergegangen ist, haben römische Einflüsse auch dieses alte Princip zerstört.[10] Zwar hat Sandhaas, germanistische Abhandlungen, S. 23 fg., die öffentliche Uebertragung des Grundeigenthums für das bayerische und alamannische Volksrecht geleugnet und dieselbe auf das sächsische und fränkische Recht beschränkt. Allein die von ihm angeführten Stellen jener Volksrechte beweisen seine Ansicht nicht. Denn die L. Baiuv. XV, 12 behandelt zwar den Kauf von Immobilien, zu welchen, um Streitigkeiten zu vermeiden, Zeugen zugezogen oder über dessen Umfang eine Urkunde aufgenommen werden soll; aber die Frage über die Art und Weise der Auflassung wird nicht berührt, ja nicht einmal der Wirkung gedacht, welche

Alle anderen Vergabungen sollten, wenn derjenige, dem die Sache tradirt wurde, indessen gestorben war, ohne rechtliche Wirkung und der Tradent oder im Falle seines Todes dessen Erben berechtigt sein, die tradirten Gegenstände zurückzunehmen. Für alle anderen Fälle dagegen wurde das alte Princip an der Spitze der Constitution ausdrücklich wiederholt. — Auch dem Capit. Aquisgr. a. 817. cap. leg. add. 6 liegt der Zweck zu Grunde, Anfechtungen erfolgter Traditionen zu verhindern Diese begründeten weder ein dingliches Recht, noch hoben sie ein solches auf; der Erbe konnte also durch sie nicht verpflichtet und eines Rechts nicht beraubt werden, da hierzu unbedingt gerichtliche Übergabe nothwendig war. Nach dem Capit. soll er jedoch, wenn er bei einer traditio extra comitatum zugegen war, gerade so verpflichtet werden, als ob sie im ordentlichen Gerichte erfolgt wäre; ja er konnte zur Bürgschaftsstellung gezwungen werden, die Investitur vor versammeltem Gerichte vorzunehmen (eandem perficiendi), wenn dieß dem Tradenten, der sich gleichfalls durch Bürgschaftsstellung verpflichten mußte, nicht mehr möglich sein sollte. — (s. §. 11.) conf. Meichelb. I, 2, Urk. No. 395 (s. oben N. 7).

[10] s. L. Burg. XLIII, 1; LX. add. I, 12. — L. Visig. IV, 2. 20. — Für das longobardische Recht läßt sich nicht läugnen, daß in dem Worte thinx ein Nachklang früherer Zustände liegt; daß es aber seinen ehemaligen Sinn verloren hat, beweist L. Roth. 172 und Form. ad hunc locum (cfr. oben §. 9).

die Unterlassung jener Vorschrift erzeugen würde. Eine „allgemeine Regel", daß die Auflassung nach dem bayerischen Volksgesetz durch Urkunden oder Zeugen überflüssig geworden sei, wird nicht entfernt ausgesprochen. L. Baiuv. I, 1 handelt von zwei Rechtsgeschäften: der symbolischen Uebergabe von Immobilien an eine Kirche (mancipia sind ihnen gleichgestellt) und der Bezahlung einer Geldsumme. Bei letzterem Geschäft kann von einer Auflassung nicht die Rede sein, denn das Eigenthum wurde durch Hingabe der Summe erworben. Daß aber durch die symbolische Hingabe der Immobilien Eigenthum übertragen und die Auflassung überflüssig wurde, ist in der Stelle nicht enthalten. Vielmehr spricht die völlige Gleichstellung der Immobilien und Mobilien nur für die gleiche Nothwendigkeit der Aufnahme einer Urkunde. Die L. Baiuv. XV, 2; — 12; — 13 handelt von der schriftlichen Abfassung der Verträge, also von der Solennisirung der causa praecedens, wodurch die spätere Uebertragung erst versprochen wird. — Die Lex Alam. XIX bestimmt, daß der rechtmäßige Besitz einer kirchlichen Sache nur durch Urkundenbeweis solle erbracht werden können. Liegt hierin irgend eine Andeutung der Art und Weise, wie die Uebertragung von Grundeigenthum erfolgte? Auch die L. Alam. cap. XX läßt sich nicht als Beweis anführen, da sie nur von einem Tauschvertrag über kirchliche Gegenstände handelt und hierbei eine Urkunde verlangt, eine Vorschrift, die offenbar nur die Sicherstellung der Kirche bezweckt. Endlich würde jene Ansicht dem Gange der geschichtlichen Entwicklung entgegen ein im Mittelalter überall verbreitetes Institut einer Zeit absprechen, in welcher die Bedeutung des Grundbesitzes noch weit stärker und die Verbindung des politischen Lebens mit dem Territorium, auf welchem die Familie siedelte, weit inniger war.

Der Zeitpunkt, in welchem der Erbe sein Einspruchsrecht geltend machte, muß offenbar vor der Abfassung einer Urkunde über die Veräußerung liegen, da diese nur beim Schluß des ganzen öffentlichen Actes aufgenommen werden konnte. Im öffentlichen ungebotenen Dinge aber fehlte regelmäßig Niemand, der einen Anspruch hätte erheben und gegen die Veräußerung

auftreten können; jedem war also die Möglichkeit zum Widerspruch gegeben. Theilnahme an der Versammlung ohne ausdrücklichen Widerspruch gegen das daselbst Vorgenommene enthielt stillschweigende Billigung desselben. Hält man diesen Gesichtspunkt fest, so läßt es sich erklären, wie dem Erben eine Geldstrafe auferlegt werden konnte. Nachdem er ausdrücklich oder stillschweigend das ganze Geschäft sanctionirt und sich selbst freiwillig der Strafe für den Fall seines Entgegenhandelns unterworfen hatte, erschien es gerechtfertigt, seine calliditas, calumnia, cupiditas oder wie die Ausdrücke sonst lauten, wodurch dieses widersprechende Benehmen gebrandmarkt wird, mit der Conventionalstrafe zu treffen. [11]

Bei dieser Erklärung der Formeln kann es nicht auffallen, wenn in manchen von ihnen die Erben nicht erwähnt werden. Auch mußte in ihnen bald die Anwendung eines Satzes über die erfolgte Zustimmung der Erben und gegen jegliche Anfechtung des Geschäfts eine stehende werden, so daß sie sich sogar in den Sirmondischen Formeln findet, obgleich diese

[11] Am bezeichnendsten für diese aus der Natur der Sache folgende Erklärung erscheint auch Mar. II, 4, wo es von dem Erben heißt: Si quis vero — contra praesentem epistolam — venire — voluerit, aut tergiversator exstiterit, anathema sit. — Beseler und nach ihm Sandhaas, Walter und andere haben im Gegensatz zu der obigen Ansicht behauptet, daß die Formeln und Urkunden keineswegs für die Annahme des Einspruchsrechtes der nächsten Erben zeugen. Denn einseitiger Fluch und Geldstrafe hätten nur den Zweck gehabt, den Erwerber vor einem lästigen Proceß und schwierigen Beweis zu sichern. Allein man sieht nicht ein, wie sich hierdurch eine Geldstrafe rechtfertigen lassen soll, die, wenn sie einseitig festgestellt wurde, nicht einmal den muthwillig Processirenden hätte treffen können, geschweige denjenigen, der ein ihm zustehendes Recht verfolgen wollte. Eine Rechtfertigung der Geldstrafe liegt doch nicht in dem Ausdruck absque heredum exspectata traditione, der sich in so vielen Formeln neben der exspectata traditio an den judex findet; noch durch den in einigen Formeln gemachten Beisatz, daß die Zufügung der Conventionalstrafe eigentlich nicht nothwendig sei, sondern nur zur Bestärkung des ganzen Geschäfts diene. — conf. Form. Baluz. XXIX. — Marc. II, 4. — Wenn endlich Formeln und Urkunden angeführt werden, wie app. Marc. XIV; — Lindenbrog. L; — Meichelb. I, 2. No. 206; — so würde man jener Ansicht Unrecht thun, wollte man sie genau ins Auge fassen.

secundum legem romanam verfaßt sind. Damit sollte jede Berechtigung, auf welche man bei der Auflassung verzichtet hatte, als erloschen bezeichnet werden; aber daraus zu schließen, daß diese Formeln nichts beweisen, ist zu gewagt, wenn man bedenkt, daß sie nur der Ausdruck des Hergangs eines Rechtsgeschäftes sind.[12]

§. 11.
Die Capitularien.

Die Gesetzgebung der Capitularien war dem Einspruchsrechte des nächsten Erben nicht günstig. Doch beschäftigte sie sich zu wenig mit dem Privatrecht, um den hergebrachten Rechtszustand durchgreifend zu modificiren. Sie beschränkte sich vielmehr darauf, einerseits die weitschweifigen Formen der Uebertragung des Grundeigenthums zu vereinfachen, andererseits die Privilegien der Kirche zu sichern und zu erweitern. Dies konnte freilich nicht geschehen, ohne das Einspruchsrecht des nächsten Erben zu beschränken, wozu man sich um so geneigter fühlte, als Schenkungen und Vergabungen an die Kirche unter den Gesichtspunkt der echten Noth pro animae salute gebracht werden konnten. Jedoch bezieht sich Capit. ad leg. Sal. a. 803, c. 6[1] nicht hierher; denn es handelt nicht von der

[12] Aus folgenden Formeln, in welchen der Erben erwähnt wird, läßt sich nur das Resultat gewinnen, sie als Ergänzung der Auflassung aufzufassen. Marc. I, 12; II, 3—7, 10. 11. 13. 14. 19. 20. 22—24. 36. 39. 40. App. 14. 17. 26. 27. 35. 37. 39. 41. 47. 48. 51. — Form. Sirm. 1. 4—9. 12. 18. 23. 25. 26. 39. — Form. Bign. 1—5. 10. 11. 13. 17—20. — Form. Lindenbr. 17. 18. 19. 20. 22—24. 26. 27. 50. 55. 57—59. 72. 127. 152. — Form. Baluz. 7. 27. 28. 29. 48. — Form. Arvern. (s. Walter, corp. jur. germ. III. S. 490: libertas; — S. 491: absolutio; redempturium). — Form. Andegav. 1. 2—4. 6. 9. 19. 20. 21. 23. 25. 34—36. 40. 45. 54—57.

[1] Capit. ad leg. Sal. a. 803: c. 6: De his qui ad casam Dei res suas tradere voluerint. Si quis res suas pro anima sua ad casam Dei tradere voluerit, domi traditionem faciat coram testibus legitimis. Et quae actenus in hoste factae sunt traditiones, de quibus nulla est quaesitio, stabilis permaneant. Si vero aliquis alii res suas tradiderit, et in hoste profectus fuerit, et ille cui res traditae sunt interim

Berechtigung des nächsten Erben, sondern von der Form der Vermögensübertragung. Diese bestimmte das Capit. Aquisgr. a. 817, cap. leg. add. 6 [2] in einer Art, wodurch demjenigen, der eine Vergabung vornehmen wollte, die Möglichkeit gegeben wurde, auch außerhalb des Comitats der belegenen Sache die Beistimmuug des Erben auf eine denselben rechtlich verbindende Weise einzuholen; ja es gestattete eine derartige Auflassung selbst ohne vorherige Abtheilung mit dem Miterben und bestimmte, daß, wenn der Vergabende vor der Vollziehung sterbe, der co-

---

mortuus fuerit, qui res tradidit, cum reversus fuerit, adhibitis testibus coram quibus traditio facta est, res suas recipiat. Si autem et ipse mortuus fuerit, heredes ejus legitimi res traditas recipiant. Diese Stelle liefert den Beweis, daß dem Erben wenigstens eine blose traditio, wenn ihr nicht die Investitur domi coram testibus legitimis folgte, nicht nachtheilig sein konnte (conf. §. 10. Note 9).

[2] Capit. Aquisgr. a. 817. cap. leg. add. 6: Ut omnis homo liber potestatem habeat ubicumque voluerit res suas dare pro salute animae suae. Si quis res suas pro salute animae suae vel ad aliquem venerabilem locum, vel propinquo suo, vel cuilibet alteri tradere voluerit, et eo tempore intra ipsum comitatum fuerit in quo res illae positae sunt, legitimam traditionem facere studeat. Quod si eodem tempore quo illas tradere vult extra eundem comitatum fuerit, id est sive in exercitu, sive in palatio, sive in alio quolibet loco, adhibeat sibi vel de suis pagensibus, vel de aliis qui eadem lege vivant qua ipse vivit, testes idoneos; vel si illos habere non potuerit, tunc de aliis quales ibi meliores inveniri possint; et coram eis rerum suarum traditionem faciat, et fidejussores vestiturae donet, qui ei qui illam traditionem accipit vestituram faciat. Et postquam haec traditio ita facta fuerit, heres illius nullam de praedictis rebus valeat facere repetitionem. Insuper et ipse per se fidemjussionem faciat ejusdem vestiturae, ne heredi ulla occasio remaneat hanc traditionem inmutandi, sed potius necessitas incumbat, illam perficiendi. Et si nondum res suas cum coheredibus suis divisas habuit, non ei hoc sit inpedimento; sed coheres ejus, si sponte noluerit, aut per comitem aut per missum ejus distringatur, ut divisionem cum illo faciat, ad quem defunctus hereditatem suam voluit pervenire. Et si cuilibet ecclesiae eam tradere rogavit, coheres ejus eam legem cum illa ecclesia de praedicta hereditate habeat, quam cum alio coherede suo habere debebat. Et hoc observetur erga patrem et filium et nepotem usque ad annos legitimos. Postea ipsae res ad immunitatem ipsius ecclesiae redeant. (conf. §. 10. Note 9.)

heres aber sich weigere, die Auflassung durch den Grafen oder missus vorzunehmen sei; nur soll die Kirche den Vergabenden sowie seine Söhne und Enkel bis zu erreichter Volljährigkeit in der Nutznießung lassen.[3] Damit sind jedoch einseitige Verfügungen ohne Berücksichtigung der Erben nicht für erlaubt erklärt. Auch dieses Capitulare behandelt vielmehr wie das zuerst genannte nur die Form der neu eingeführten traditio.

Es läßt sich aber nicht leugnen, daß die Capitularien Schenkungen und Vergabungen an die Kirche, die schon nach den Völkergesetzen privilegirt waren, außerordentlich begünstigten und durch mannigfache Cautelen schützten.[4] Deshalb ist es auch nicht zu verwundern, daß mancherlei Ueberschreitungen stattfanden und nicht einmal jene privilegirte Form der Auflassung, wie sie wohl hauptsächlich zur Erleichterung der Traditionen an die Kirche eingeführt worden war, weiter gewahrt wurde,[5] um so weniger, als zu ihnen Beistimmung der Erben nicht nothwendig erschien. Dadurch mochten freilich viele Ungerechtigkeiten eingerissen haben. Man scheute sich selbst nicht, fremdes Eigenthum im Eifer für die Rettung der Seele (pro animae salute) zu vergaben, und mancher homo ecclesiasticus war bereit, dergleichen auch anzunehmen.[6]

---

[3] Eine ähnliche milde Rücksichtsnahme spricht das Capit. Aquisgr. a. 817. al. cap. 4 i. f. aus (s. N. 7).

[4] s. Capit. Anseg. liber VI, 392: Iniquum est et sacrilegii instar, ut quae pro salute vel requie animarum suarum unusquisque venerabili Ecclesiae contulerit aut certe reliquerit, ab his quibus maxime servari convenerat, auferri et in aliud transferri. — conf. eod. 426—429. — Capit. Wormat. a. 829. al. cap. 5.

[5] conf. Capit. Aquisgr. a. 809. c. 26. De traditionibus, ut in abscondito non fiant propter contentiones diversas.

[6] conf. Capit. Aquisgr. a. 817. cap. eccles. 7: Statutum est, ut nullus quilibet ecclesiasticus ab his personis res deinceps accipere praesumat, quarum liberi aut propinqui hac inconsulta oblatione possent rerum propriarum exheredari. Quod si aliquis deinceps hoc facere temptaverit, ut et acceptor, sinodali vel imperiali sententia districte feriatur, et res ad exheredatos redeant. — Capit. Anseg. liber II, 31. Propter istius itaque pacis concordiam conservandam, placuit nobis de orphanis et pauperibus, qui debite vel indebite dicuntur amisisse hereditatem paterni vel

Wenn dadurch zwar das Einspruchsrecht des nächsten Erben bedeutend beschränkt wurde, so findet sich doch nirgends eine Aufhebung desselben. [7]

§. 12.
Gründe aus der politischen Bedeutung des Landeigenthums und aus der historischen Continuität.

Zu den mehr oder weniger deutlichen Rechtsdenkmälern, aus denen sich auf das Vorhandensein des Einspruchsrechtes der nächsten Erben schon in der ältesten Zeit des deutschen Volkes schließen läßt, tritt die Natur der Sache und die Continuität der geschichtlichen Entwicklung. Durch die Einleitung

materni juris, ad se legibus pertinentem, si alicubi inventi fuerint quos patres vel matres propter traditiones illorum exheredes fecerunt, — omnino volumus — emendari. — Capit. dupl. in Theod. vill. prom. a. 805. cap. comm. 16. — Besonders Capit. dupl. Aquisgr. a. 811 item brev. c. 5: Inquirendum etiam, si ille seculum dimissum habeat, qui cotidie possessiones suas augere quolibet modo, qualibet arte, non cessat, suadendo de coelestis regni beatitudine, comminando de aeterno supplicio inferni, et sub nomine Dei aut cujuslibet sancti tam divitem quam pauperem, qui simplicioris naturae sunt, et minus docti atque cauti inveniuntur, si rebus suis expoliant, et legitimos heredes eorum exheredant, ac per hoc plerosque ad flagitia et scelera propter inopiam, ad quam per hoc fuerint devoluti, perpetranda compellunt, ut quasi necessario furta et latrocinia exerceant, cui paterna rerum hereditas, ne ad eum perveniret, ab alio praerepta est.

[7] Im Gegentheil anerkennt das unter Karl dem Gr. abgefaßte sächsische Volksgesetz jenes Recht mit klaren Worten. — Die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt Walter, deutsche Rechtsgeschichte §. 446, Note 10. Allein die außer den bereits erwähnten von ihm noch weiter angeführten Capitularien begründen dieselbe nicht. Denn capit. leg. Sal. add. a. 819. c. 9 und const. Olonn. a. 825. c. 3 lassen sich nicht hierher beziehen; capit. leg. Sal. add. a. 819. c. 6 und Hloth. const. in Maringo a. 825. c. 4 setzen eine nach den Vorschriften der Volksrechte geschehene Veräußerung voraus (si res suas — cuilibet legibus tradidit und sic faciant, sicut eorum fuerit lex), und capit. Aquisgr. a. 817. al. cap. 4 spricht aus, daß wer ein von seinem Besitzvorfahren als Zinsgut aufgelassenes Grundstück inne behalte, gegen das Gesetz handle, wenn es ohne den Willen des Zinsherrn geschehe, außer er wäre der Sohn oder Enkel des Auflassenden und das Grundstück mit dieser Bedingung aufgelassen worden (s. N. 3).

wurde der Zusammenhang der politischen Berechtigung mit dem Grundeigenthum dargethan. Man kann mit Sachße, Grundlagen §. 2, behaupten, daß die Unveräußerlichkeit des Familiengutes, das nur durch Erbgang im Mannsstamme übertragen wurde und deshalb der Familie niemals entfremdet werden konnte, die Basis des Staates sicherte. Bedenkt man ferner die Innigkeit der alten Familienverbindung, so müßte es billig auffallen, wie zu der Zeit des Sachsenspiegels, in welcher ihre Einheit sich doch schon gelockert hatte, das Einspruchsrecht des nächsten Erben in voller Anerkennung sein konnte, während es zur Zeit der Volksrechte gefehlt hätte, in welcher der öffentliche Schutz für die Familie noch weit nöthiger und die Gemeinsamkeit familiären Handelns weit durchgreifender war. Die Völkerwanderung, ein nicht von innen aus dem Charakter des Volkes sondern von außen kommendes Ereigniß, nahm zwar den alten festen Grundsätzen ihre äußere Stärke. Die Berührung mit den Römern und ihrem Rechte machte sich wie in der gesammten Cultur auch hier geltend und die alten germanischen Gewohnheitsrechte über das Grundeigenthum geriethen in Kampf mit dem fremden aufgezeichneten und durch lange Praxis im eroberten Lande festgewurzelten Rechte. Dadurch entstanden jene Beschränkungen und Ueberwältigungen der alten Grundsätze. Das Repräsentationsrecht, die Verjährung, das Testament, die Succession der Töchter neben den Söhnen, wie sie sich besonders in den Formeln finden, die Privilegien der Kirche, wie sie die Capitularien und Völkergesetze gaben, sind eben so viele Angriffe des römischen Rechtes auf das hergebrachte Stammgutssystem. Nur das von fremdem Einfluß unberührte sächsische Recht läßt den Faden gewinnen, um bei aller Unsicherheit die richtige Spur nicht zu verlieren. Trotz des römischen Rechtes, trotz des Einflusses der unter römischem Rechte lebenden Geistlichkeit drang das deutsche Rechtsbewußtsein wieder durch, sobald durch eine feste Ansiedlung die alte Grundlage des Staates gewonnen war. Das fremde Recht konnte nur da siegen, wo das germanische Element vom römischen überwältigt wurde. Je kräftiger dagegen der alte germanische Stamm blieb, desto stärker

war die Sicherung und Festhaltung seines Rechtes. Mit der Consolidirung der Verhältnisse gewann der angegriffene Grundsatz den Sieg über das römische Recht, das Gesetz der Kirche und der Provinzialen. Die Wanderungen hatten zwar das alte Staatsgebäude erschüttert, aber nicht eingestürzt. Ueberall wurde es kräftig wieder aufgerichtet, verjüngt erstand es. Und seine Grundlage hätte fehlen können? Worauf hätte man den Bau einer Merovingischen oder Carolingischen Monarchie gegründet, wenn nicht, wie einst auf die Gemeinde, so jetzt auf den Gau? Damit war aber wieder der Grundbesitz zum Unterbau des Staates gemacht.

Und nicht nur in Deutschland findet sich dieser Rechtszustand; auch das altfranzösische Recht [1] stimmt mit ihm überein. Frankreich zerfiel dem Rechte nach in zwei Theile: pays du droit écrit — die südlichen Lande, und pays du droit coutumier — die nördlichen Theile. Im Süden, also auch in dem alten Burgunderlande, waren das römische und canonische Recht durchgedrungen, im Norden dagegen die alten Gewohnheitsrechte, wie sie von der Zeit der Franken her bestanden, herrschend geblieben. Einige von diesen nun gestatteten Schenkungen der Erbgüter entweder gar nicht oder blos zu einem bestimmten Theile, Testirbefugniß wird dem Erblasser nur über eine Quote seiner Erbgüter (gewöhnlich ein Fünftel), über Fahrniß und Errungenschaft gegeben. [2] Onerose Veräußerungen sind an die Erblosung (retrait lignager) gebunden. Diese selbst ist aus dem alten Einspruchsrecht des Erben hervorgegangen, das sich zuerst auf jede Veräußerung von Grundeigenthum erstreckte, dann auf Erbgut beschränkt wurde und endlich aus dem Vorkaufsrechte des nächsten Erben bei echter Noth, gerade wie

---

[1] s. Warnkönig, Franz. Staats- und Rechtsgeschichte, II. Bd., IV. c. 3. und V.

[2] conf. Cout. von Orleans (Warnkönig l. c. II. Urkundenbuch S. 184) Art. 242: Toutes personnes — peuvent disposer par testament et ordonnance de derniere volonté — de tous leurs biens meubles, acquests et conquests immeubles, et de la cinquieme partie de tous leurs propres heritages.

im deutschen Recht (s. §. 33), zum Retract wurde.[3] Das burgundische Recht dagegen hielt sich in starrer Ausschließung der germanischen Grundsätze den römischen zugethan und die Länder des geschriebenen Rechts kennen selbstverständlich nur das römische Notherb- und Pflichttheilsrecht.

Im Mittelalter tritt das Einspruchsrecht des nächsten Erben bestimmt und als nothwendiges Glied des deutschen Rechtssystems auf. Selbst Beseler, Erbverträge I, S. 67, nimmt sein festes Bestehen schon a. 1040, also seine Entstehung sicher während des X. Jahrhunderts an; es ist aber unmöglich, einen hinreichenden Grund zu entdecken, warum der Rechtssatz erst so spät entstanden sein sollte. Nur wenn man seine Quelle in dem gesammten deutschen Rechts- und Staatsleben findet, wird es möglich, die historische Continuität nicht zu verletzen, den spätern Rechtszustand gehörig aufzufassen und eine so auffallende Erscheinung des deutschen Rechtsgebiets aus starker, weit in die Vergangenheit reichender Wurzel zu der rechtlichen Vollkommenheit und Blüthe heranwachsen zu sehen, in der sie aus den Rechtsquellen des Mittelalters entgegentritt.

---

[3] conf. Communalcharte von Amiens vom J. 1209. Art. 25 (Bouthors, coutumes locales d'Amiens): Si quis terram aut aliquam hereditatem ab aliquo emerit, et illa, antequam emta fuerit, propinquiori heredi oblata (non) fuerit, et heres eam emere noluerit; nunquam amplius de ea illi heredi in causa respondet. Si autem propinquiori heredi oblata non fuerit qui eam emerit vidente et sciente herede per annum eam in pace tenuerit nunquam amplius de ea respondebit. — Warnkönig führt auch aus Verkaufsurkunden des XII. Jahrhunderts die gewöhnliche Zustimmungsformel an: laudantibus et concedentibus omnibus, ad quos praesentis venditionis videtur pertinere concessio vel possessionis venditae hereditaria possessio (Diplomen zu den Assisen von Jerusalem aus den Jahren 1155 und 1161. Warnkönig l. c. II. S. 568. N. 4). — Interessant ist ferner folgende Stelle aus den schottischen Gesetzen: Leg. burg. c. 96 (Warnkönig l. c. II. S. 569. N. 4): Si aliquis burgesi vendiderit terram suam pro necessitate et oblata fuerit parentibus propinquioribus — postea — nulle mode debent audiri nec venditionem illam ulle mode revocare. — conf. Anc. cout. de Picardie von Marnier S. 113: Que le vente soit solennisié par l'ottroi del' hoir, ou par povretè jurée li tiere de mains (Warnkönig, l. c. II. S. 569. N. 2).

II. Das Rechtsinstitut.

§. 13.

1. Der Rechtssatz an sich.

Wenn dem Gang der seitherigen Untersuchung nach zwar das Dasein des Einspruchsrechtes der Erben sich schon in der frühesten urkundlichen Zeit nicht leugnen läßt, so kann man doch nicht verkennen, daß eine bestimmte Construction des Rechtsinstituts, wie sie später möglich wird, aus den Quellen dieser Periode noch nicht gewonnen werden kann. Ihr eigentlicher Werth liegt in strafrechtlichen und administrativen Normen; den bestehenden Privatrechtszustand geben sie nur unvollständig wieder und unterliegen fremden Einflüssen, sei es des römischen Rechts, sei es der königlichen Macht. Gerade deshalb wird es aber nöthig, das Recht desjenigen Volkes, das jenen Einflüssen am wenigsten ausgesetzt die Grundsätze des germanischen Rechts am reinsten darstellt, zu Grunde zu legen. Diejenigen Bestandtheile der L. Sax., die dem Einflusse des Christenthums und der königlichen Gewalt entsprungen sind, lassen sich deutlich erkennen; das römische Recht aber, das in dieser Frage so durchaus verschieden ist und deshalb, wo es eindrang, eine Zerstörung des alten Rechts erzeugen mußte, ist ihr fremd geblieben. Auf dieser positiven gesetzlichen Grundlage, unter Beiziehung der übrigen germanischen Volksrechte, mit Rücksicht auf das überall hervortretende staatliche Princip des Grundeigenthums und gestützt durch die Rückschlüsse aus der folgenden Zeit ergibt sich der leitende Grundsatz:

Das deutsche Recht zur Zeit der Völkergesetze kennt die Berechtigung des nächsten Erben, bei Veräußerungen von Grund und Boden als zustimmend oder widersprechend mitzuwirken und durch diese Mitwirkung den Eigenthümer in der freien Disposition zu beschränken.

Noch nach der L. Sal. waren Veräußerungen des gesammten Vermögens nur bei Erbenlosigkeit möglich (tit. 46 adfathamire); die L. Ripuar. verlangt wenigstens Kinderlosig-

keit. Sowohl fränkisches als bayerisches, sächsisches wie alamannisches Recht enthalten aber Begünstigungen der Kirche, indem überall wenigstens die eleemosyna, — eine mäßige Vergabung an die Kirche, die als Fall echter Noth zur Rettung der Seele aufzufassen ist, — ungehindert gegeben werden konnte. Trotz der Bestätigung dieses Privilegs schritt die Gesetzgebung der Capitularien doch zugleich gegen ungerechte Uebergriffe der Kirche ein. Die L. Sax. gewährt dem Erben und zwar dem nächsten Erben bei allen Veräußerungen von Immobilien ein Recht des Einspruchs, das nur im Falle der Noth auf einen Vorkauf beschränkt wird. Diese particularrechtliche Gestaltung trägt das Gepräge der Consequenz und stetigen Entwicklung an sich, die übrigen Gesetze berühren die Frage nur unter der Beifügung, daß sie Abweichungen von dem gewöhnlichen Rechte geben wollen. Ist demnach die Freiheit der Veräußerung eine Ausnahme, wie dies ausdrücklich das ripuarische Recht und diejenigen Gesetze sagen, die zu Gunsten der Kirche Privilegien ertheilen, so hindert nichts, auch bei ihnen jene Veräußerungsbeschränkung als Regel anzunehmen, da der Rechtszustand der späteren Zeit, die Menge der Urkunden und die politische Bedeutung des Grundeigenthums für die Familie bei der Unmöglichkeit, einen hinreichenden Grund für die spätere Entstehung des Rechtssatzes zu finden, diese Annahme rechtfertigen.

Es fragt sich, ob das Einspruchsrecht des nächsten Erben bei allen Veräußerungen oder nur bei Schenkungen eintrat. Das sächsische Recht gewährt es ausdrücklich bei allen Veräußerungen von Immobilien und kein anderes Gesetz enthält eine Beschränkung desselben auf Schenkungen. Für jenen Umfang spricht ferner der spätere Rechtszustand und die Erwähnung der Erben in den verschiedensten Veräußerungsurkunden, wenn auch der Wortlaut der Volkergesetze darüber Ungewißheit läßt. Das ripuarische Gesetz schreibt das Einspruchsrecht gegen jede Veräußerung nur den Kindern zu, während Seitenverwandte sich wenigstens die Bestellung einer Leibzucht gefallen lassen müssen, ein Rechtssatz jedoch, der seinen Grund in der ripuarischen Ehegesetzgebung hat. Allen Rechten gemeinsam ist,

daß Schenkungen ohne Zustimmung der Descendenten nicht vorgenommen werden sollen; es wäre aber unrichtig, hieraus auf freie Befugniß zu onerosen Veräußerungen zu schließen. Denn betrachtet man die einzelnen Gesetze, so zeigt sich, daß die Beschränkung der Schenkungsbefugniß nur erwähnt wird im Gegensatz zu der Freiheit der Schenkungen für das Heil der Seele; jene wird als Regel ausdrücklich erwähnt, diese als Ausnahme hingestellt. Onerose Geschäfte ließ man unberührt, da es rücksichtlich ihrer bei dem bestehenden Rechtszustande verbleiben sollte. Nur um das Privileg der Kirche als solches herauszuheben, mußte zugleich die Regel bemerkt werden, daß dies bei anderen Schenkungen keineswegs Rechtens sei. Die Stärke der Wirkung des Einspruchsrechtes zeigt sich darin, daß trotz des Eifers, mit welchem man kirchliche Privilegien begünstigte, selbst ihnen Schranken gezogen wurden, indem der Vater mit dem Sohne abgetheilt haben mußte oder nur hinsichtlich gewisser Vermögensbestandtheile freie Disposition zum Zweck einer kirchlichen Schenkung eingeräumt wurde. Die Mangelhaftigkeit der Aufzeichnungen läßt übrigens als sicheres Ergebniß blos zu, daß dem Erben nach fränkischem, sächsischem, bayerischem und alamannischem Rechte die Mitwirkung bei Veräußerungen von Grundeigenthum zustand und daß nur hinsichtlich der Beschränkungen dieses Rechts abweichende particuläre Normen stattfanden.

Von wenig Erfolg ist eine Untersuchung über die Personen der Erben, denen das Einspruchsrecht zukam. Das sächsische Recht nennt den nächsten Erben. Doch lassen die Quellen Dunkelheit, bei welchem Grad der Verwandtschaft dasselbe endete, ob auch die Seitenverwandten oder nur die Descendenten es besaßen, oder ob sich verschiedene Grade der Berechtigung unterscheiden. Denn alle diese Modificationen finden sich im spätern Recht. Wohl mochte der Rechtszustand ein verschiedener sein; denn das Einspruchsrecht steht zu eng mit dem Erbrecht in Verbindung, als daß dieses nicht seinen Einfluß hätte geltend machen sollen, und da die Erbfolge eine verschiedene war (siehe §. 14), so konnte auch das Einspruchsrecht

nicht überall denselben Personen in der gleichen Ordnung zu= stehen. Außer Zweifel ist, daß die Descendenz nach fränkischem und bayerischem Recht eine bevorzugte Stellung hatte, die sich jedoch in beiden wieder nach verschiedenen Richtungen äußert.

Hinsichtlich des Objects findet sich endlich in keinem Volks= rechte eine Beschränkung auf Erbgut; nach dem sächsischen ist vielmehr jede Veräußerung von Immobilien an die Zustim= mung der Erben gebunden und kein anderes Gesetz enthält eine entgegenstehende Bestimmung. Dagegen findet sich in den Ur= kunden und Formeln ausdrücklich erwähnt, daß sowohl über bona hereditaria als auch acquisita verfügt werde, und die Zustimmung der Erben wurde, nach den dabei ausgestoßenen Drohungen zu schließen, sowohl bei der donatio einer parva res tam de alode parentum vel de quolibet attractu, als bei der donatio omni corpore facultatis, tam de alode aut de comparatum vel de quolibet attractu etc. eingeholt.[1] Der Unterschied zwischen ererbtem und gewonnenem Gut war ohne Einfluß auf das Einspruchsrecht und machte sich nur im Erb= recht geltend (conf. §. 16). Mit Rücksicht auf jenes tritt diese Unterscheidung erst im XI. Jahrhundert auf. Ein Einspruchs= recht der Erben gegen Veräußerungen von Mobilien findet sich nicht.[2] Denn im ältesten deutschen Recht, in welchem die Mo= bilien überhaupt nur eine niedere rechtliche Stellung haben, werden sie bei Rechtsgeschäften meist als Pertinenz der Grund= stücke behandelt und erscheinen bei mangelndem Verkehr als von geringem Werth und weder rechtlicher noch politischer Wichtig= keit. Als sie aber Bedeutung gewannen und den Immobilien zur Seite traten, drückte ihre Werthserhöhung den Einfluß des Grundbesitzes herab und bewirkte mit den Untergang des ge= meinen deutschen Stammgutssystems. Gerade aber in diese Zeit

---

[1] Daß die L. Sax., die von hereditas, und die L. Burg., die von sortes spricht, hierunter keine Erbgüter verstehen, wurde §. 6 und §. 9 bemerkt.

[2] Bezeichnend ist hierfür das französische Sprichwort: Meubles ne tiennent côté ni ligne — können nie Erbgüter, propres, werden. Loisel, inst. coutum. II, 1. A. 13.

fällt erst die Ausdehnung des Begriffs von Erbgut auch auf Mobilien.

§. 14.

2. Verhältniß zum deutschen Rechtssystem.

Daß ein so tief eingreifender Grundsatz im ganzen Rechtssystem sich äußern mußte und aus der Gestaltung des letztern auf das Dasein des erstern geschlossen werden kann, versteht sich von selbst. Mit Recht hat man auf die gänzliche Verschiedenheit der dinglichen Berechtigung an Immobilien und Mobilien hingedeutet, deren Erwerb, Verlust und Schutz sich verschieden gestaltet. Eben so hat sich der Zusammenhang des Einspruchsrechtes mit der gerichtlichen Auflassung als nothwendig erwiesen (s. §. 10). In gleich enger Weise steht es ferner mit dem Erbrecht in Verbindung; denn wie dem nächsten Erben das Grundeigenthum durch Geschäfte unter Lebenden nicht willkürlich gegen seinen Widerspruch entzogen werden konnte, so mußte dem Erblasser auch die Macht genommen sein, durch einseitige Verfügungen über den Tod hinaus die Erbfolgeordnung zu verändern und den Erben zu verletzen. Diese Unmöglichkeit der Entziehung des Erbfolgerechts durch willkürliche letztwillige Dispositionen läßt den Zusammenhang mit jenem Einspruchsrechte des nächsten Erben gegen Veräußerungen unter Lebenden nicht verkennen.[1] Testament und Erbeinsetzungsvertrag waren dem deutschen Recht unbekannt. Grundeigenthum konnte nur durch Erbgang oder Uebertragung im Echteding erworben werden, zwei Geschäfte, bei denen die Rechte der Erben gewahrt blieben.[2] Vergabungen von Todes wegen verschafften kein Erbrecht, sondern übertrugen sogleich ein dingliches Recht, dessen Wirkung zwar an eine Bedingung geknüpft werden konnte, dessen

---

[1] Denn daß Fahrhabe letztwillig nicht veräußert werden konnte, beruhte auf der Unmöglichkeit einer Auflassung derselben.

[2] Leerstehendes Land hat zwar der Fiscus sich zugesprochen; aber selbst die Möglichkeit der Occupation hätte auf die Frage über die Befugniß zur freien Weiterveräußerung keinen Einfluß, so lange wohlgewonnenes Gut dem ererbten gleich stand.

sicherer Übergang aber von der Mitwirkung der Erben abhing. Es gibt kein gewillkürtes Erbrecht, weil in solch einer Willkür die Verletzung schon begründeter Rechte der Erben enthalten läge.[3]

Der Zusammenhang des Erbrechts mit einem schon zu Lebzeiten des Erblassers bestehenden Rechte des nächsten Erben zeigt sich auch in dem Grundsatz: der Todte erbt den Lebendigen. Der Erbe bedarf keiner Delation und keines Antritts der Erbschaft, da ein Recht auf sie schon zu Lebzeiten des Erblassers ihm zusteht, das mit seinem Tode in ein vollkommeneres übergeht. Hierbei kommt es nicht auf den Willen des Erben an, der nur zurückweisen kann; ein Kind, das die Augen aufgeschlagen, erwirbt die Erbschaft.[4]

Auch die Erbfolgeordnung stand mit dem Einspruchsrechte des nächsten Erben in Verbindung. Bei denjenigen Volksstämmen, welche den Frauen die Succession in das Grundeigenthum versagen, kann auch von einer Berechtigung derselben zu Lebzeiten des Erblassers keine Rede sein, da sie niemals als nächste Erben auftreten können. Ihr Einspruchsrecht begann mit ihrer Successionsfähigkeit in das Grundeigenthum. Zu weit geht aber Eichhorn. Denn indem er als Princip für die Ansprüche des nächsten Erben den Zusammenhang des Erbfolgerechts mit der Fehdeverpflichtung aufstellt, schließt er, daß, wo diese letztere Verpflichtung nur an den Besitz von Erbgut (alodis in dieser Bedeutung) geknüpft war, auch die Beschränkung der freien Disposition sich nicht habe weiter erstrecken können. Dieser Schluß ist unzulässig, weil die alten Quellen den Unterschied zwischen Erb- und gewonnen Gut nicht mit Rücksicht auf das Einspruchsrecht des nächsten Erben anwenden (cf. §. 13 u. §. 16). Sobald die Frauen successionsfähig waren, durfte ihnen das Recht auf die Erbfolge im Grundeigenthum nicht durch willkürliche Veräußerungen desselben entzogen werden; sie mußten also das Ein-

---

[3] Auch hier übte das römische Recht seinen Einfluß. conf. L. Visig. II, 5. 12.

[4] L. Alam. Tit. 92.

spruchsrecht haben, sobald sie die Stelle der proxima heres einnahmen. Der Mangel der Fehdefähigkeit aber konnte kein Hinderniß begründen, weil diese die Bedingung jenes Einspruchsrechtes nicht ist (s. §. 16). Dieses selbst tritt dem Grundsatze gemäß, daß es der nächste Erbe auszuüben hat, nach den einzelnen Völkergesetzen in verschiedener Ordnung ein. Nach fränkischem Recht mußte bei Veräußerung von Erbland der Consens der Männer vor demjenigen der Frauen eingeholt werden; diese hatten erst zu consentiren, wenn es der letzte aus dem Mannsstamme veräußern wollte; bei andern Immobilien dagegen entschied die gewöhnliche Succession, nach welcher nur die Söhne den Töchtern vorgingen. Nach sächsischem Rechte, welches jenen Unterschied nicht machte, hatten zuerst die Söhne das Einspruchsrecht, dann folgten die Töchter, worauf der Mannsstamm der Seitenverwandtschaft berechtigt war. Dieselbe Ordnung bestand im alamannischen und bayerischen Recht. Nach dem thüringischen dagegen hatte bei jeder Veräußerung der Mannsstamm zuerst zuzustimmen, da die Töchter nicht blos durch die Söhne, sondern auch durch die Agnaten usque ad quintam generationem von der Succession in das Grundeigenthum ausgeschlossen wurden.

In den Urkunden und Formeln werden die Erben bei den verschiedenartigsten Rechtsgeschäften [5] erwähnt. Ihr Einspruchsrecht traf jede Veräußerung, nur bei echter Noth schwächte es sich zu einem Vorkauf ab. Fehlte ein näherer Erbe, so stand dem Vormund dieses Vorkaufsrecht zu. Eine Frau, die keine Erben hatte, war an seine Zustimmung gebunden und konnte niemals frei veräußern, weil zuletzt der König das mundium über alle Frauen hat.

Das Einspruchsrecht des nächsten Erben macht sich endlich im ehelichen Güterrechte geltend. Abgesehen davon, daß der Vormund der Braut den Mundschatz erhielt, der, wie die symbolische Form der Franken — Solidus und Denarius, der auf

---

[5] Donatio, cessio, precaria, adoptio extranei in locum filiorum, pactum inter parentes de hereditate, venditio, traditio, concambium u. s. f.

dem Schilde erklingen mußte — und die Geldfixirungen anderer Volksrechte beweisen, aus Mobilien bestand; daß ferner die proximi in der L. Sax. ein Einwilligungsrecht in die Ehe haben und eine Verletzung ihres Willens mit Geld gesühnt werden soll;[6] bestand die Aussteuer der Frau in ältester Zeit aus beweglichen Sachen[7] und behielt der Mann blos die Fahrhabe aus dem Nachlasse der Ehrfrau, die Immobilien dagegen fielen stets an die Familie zurück. Mobilien endlich bildeten ursprünglich sowohl Morgengabe als Brautschatz (dos)[8]; und als das Witthum entstand,[9] wurde am Grundeigenthum nur ein Leibzuchtsrecht für die Frau bestellt. Es läßt sich freilich nicht leugnen, daß die Berührung mit den Römern, neue Lebensverhältnisse, zahlreicher Güterbesitz größern oder geringern Einfluß auf das eheliche Güterrecht äußerten und die Trennung der Mobilien und Immobilien sich dadurch verwischte.[10] Allein die Wirkungen jenes Einspruchsrechtes lassen sich dennoch nicht verkennen, sondern bildeten auch in späterer Zeit eine der Grundlagen des deutschen ehelichen Güterrechts, wonach die Güter der Gatten während der Ehe dem Eigenthum nach getrennt blieben.

Im Hofrecht kann von einem Einspruchsrechte der Erben des Hörigen während dieser Periode noch keine Rede sein. Das Erbrecht seiner Descendenten begann sich erst festzusetzen und, da eine nach Hofrecht zu beurtheilende Rechtsregel über die Verhältnisse der Hintersassen noch nicht bestand, so ruhte der Besitz des Unfreien nicht auf dem Schutz des Rechtes, sondern auf der Gnade des Herrn. Auch finden sich keine Quellen, die eine Andeutung in dieser Hinsicht enthielten. Das Einspruchsrecht der Erben im Gebiete des Hofrechts ist vielmehr wie im Lehenrecht späteren Ursprungs und erst die Nachbildung und

---

[6] L. Sax. VII, 3. 4.

[7] Tacitus, Germ. cap. 18. — L. Anglior. VII. §. 1. — (Liegenschaften nennt dagegen die L. Roth. 205 und L. Burg. addit. I, 13.)

[8] L. Alam. LV. LVI. §. 1. — L. Roth. 199. — Tacitus, Germ. cap. 18.

[9] L. Sax. VIII und L. Burg. LVII.

[10] Z. B. Form. Lindenbr. 75. 79.

Ausdehnung des Princips der Berechtigung des nächsten Erben nach Landrecht.

III. Ursprung der Berechtigung des nächsten Erben.

§. 15.
Die Theorie des Gesammteigenthums der Familie.

Die Beantwortung der Frage, ob in der ältesten Zeit das Einspruchsrecht des nächsten Erben schon bestanden habe, mußte nicht sowohl in einzelnen Gesetzesstellen, die mangelhaft und unjuristisch abgefaßt geringe Auskunft gewähren, gesucht werden; die Nothwendigkeit ihrer Bejahung ergab sich vielmehr insbesondere aus dem Charakter des damaligen Staatslebens, dessen Fundament der Grundbesitz bildete. Grund und Boden war nicht nur Gegenstand des Privateigenthums, sondern zugleich Grundlage der staatsrechtlichen Stellung gesammter Familien, so daß seine Veräußerung die Schmälerung der rechtlichen Persönlichkeit und politischen Anerkennung sowohl des Veräußerers als auch seiner Sippe mit sich brachte. Das Einspruchsrecht des nächsten Erben gewährte daher in ältester Zeit nicht blos Schuz für eventuelle Successionsrechte, sondern zugleich Abwehr gegen Angriffe schon jetzt bestehender politischer Berechtigungen. Das Stammgutsprincip ist eine nothwendige Folge des staatlichen Lebens der ältesten Zeit. [1]

Die deutschen Rechtslehrer seit der Mitte des XVIII. Jahrhunderts bedienten sich zur Begründung dieses Einspruchsrechtes der Annahme des Gesammteigenthums der Familie an Grund und Boden. Diese Idee war zuerst von einigen Romanisten [2] zur Erklärung der Intestaterbfolge aufgestellt worden, gelangte aber, da sie durchaus gegen den Begriff des Eigenthums verstößt, zu keiner Geltung. Um so mehr Glück

[1] cfr. Gerber, meditationes ad locum Spec. Saxon. I, 52. Erlangae. 1847; System §. 81; Jahrbücher für die Dogmatik des heut. röm. und deutsch. Privatrechts, Band I, S. 62.

[2] cfr. Bynkershoek, observ. jur. rom. lib. II. cap. 1.

machte sie bei den Germanisten. Man hatte den Gedanken des Gesammteigenthums bereits auf andere Verhältnisse [3] angewandt und bald wurde daraus ein dem deutschen Rechte eigenthümliches Institut, dessen man sich bei bequemer Gelegenheit bediente, ohne übrigens seine Natur juristisch zu construiren und näher zu begründen. [4] So fand es denn auch hier Anwendung. Grundlage der deutschen Erbfolge sei das Gesammteigenthum der Familie, das sich hauptsächlich in dem Einspruchsrechte des nächsten Erben äußere. S. Biener, de natura et indole dominii. 1770. p. 28 ff. 35 ff. — Fischer, Versuch über die Geschichte der deutschen Erbfolge. 1778. S. 28—49; Erbfolgegeschichte der Seitenverwandten. 1782. — Pütter, Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht. 1779. II. No. 36. — Meurer, Abhandlung von der Succession. 1781. S. 10.

Biener hat in weiterer Entwicklung dieses Gedankens ein condominium gentilitium der Blutsverwandten, pactitium im Falle einer Erbverbrüderung und Ganerbschaft, feudale für den Fall einer Gesammtbelehnung unterschieden. Ob er aber das Eigenthum der Gesammtheit als solcher oder den einzelnen Mitgliedern in solidum zuschreibt, wird nicht ganz klar. Fischer, Erbfolgegeschichte l. c., unterscheidet §. 12 ein ausdrückliches und stillschweigendes Sammteigenthum; jenes gewährt „den Sammteigenthümern als den Kindern und zuweilen auch den Geschwistern“ wirklichen Mitbesitz; dieses dagegen „begriff nur diejenigen, die ein entferntes Erbrecht, ohne gegenwärtig an dem Mitgenusse Antheil zu nehmen, darauf hatten, also die Verwandten; demnach waren sie, wenn Kinder zugleich lebten, von dem vollständigen Sammteigenthum aus-

[3] Justus Veracius (libellus consuetudinum principatus Bamberg etc. 1681. tit. II: communio bonorum inter conjuges. quaest. 1. 2.) statuirte zuerst ein dominium plurium in solidum für die eheliche Gütergemeinschaft: (per nostram communionem bonorum) sic utriusque conjugis bona confunduntur, ut quivis eorum totius Patrimonii in solidum Dominus sit, et quae uxoris fuerunt, jam et ejusdem, et Mariti sint; vicissim quae Maritus habuerat, jam sua et uxoris suae sint, uno verbo, et Maritus et uxor jure dicere potest, totum patrimonium meum est (l. c. S. 67).

[4] cfr. Hofacker, principia II. §. 909 ff.

geschlossen, und traten erst, wenn diese mangelten, und zu deren künftiger Existenz keine Hoffnung war, in das engere Gesammteigenthum ein." Das beweise sich aus dem Einwilligungsrecht des nächsten Erben; aus dem Naturrechte, wie es schon Plato ausgesprochen; aus dem europäischen Privatrechte; aus der Benennung heredes fiduciarii — Treuesträger — für die wirklichen Inhaber der Stammgüter und aus der Bezeichnung der Anverwandten als coheredes, consortes etc., Erben im altdeutschen Sinne, was soviel als Mitbesitzer bedeute. Demnach lasse sich an der Wirklichkeit der Existenz des Familiensammteigenthums nicht zweifeln.[5] Positive Belege für das Gesammteigenthum der Familie fand man in Stellen des Cäsar, Tacitus und der L. Alam.

Mit Recht traten gegen diesen Gedanken die neueren Juristen auf. Schon Mayer, Urverfassung rc. 1798, und Runde, deutsches Privatrecht §. 651, hatten sich vom Standpunkt der Geschichte und Natur der Sache gegen das Gesammteigenthum der Familie erklärt. Eichhorn, Einleitung §. 169 und R.G. I. §. 19, fand in der Succession des avunculus (Tacitus Germ. c. 20) einen Grund gegen die Annahme des Gesammteigenthums der Familie am Erbgut, indem er die Erbfolge auf das Princip der Blutsverwandtschaft stützt. Ebenso hat Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechts I. §. 155, gegen das Gesammteigenthum sich ausgesprochen, weil es dem römischen Begriffe von Eigenthum widerstreite, ein Bedürfniß seiner Annahme aber nicht vorliege, wie dies auch die Rechtswissenschaft anderer Länder erweise, die ein Gesammteigenthum nicht kenne; weil sich ferner diese Verhältnisse weit einfacher auf andere Weise erklären lassen, so die Rechte der Erben als eventuelle Berechtigungen; endlich weil die Annahme eines solchen Eigenthums leicht zu irrigen Folgerungen führen könne. Maurenbrecher hat sich wiederholt (Privat-

[5] Fischer war nicht arm an Rechtsgebilden des Gesammteigenthums, indem er seinen Versuch über die Geschichte der deutschen Erbfolge mit der Construction eines „sammteigenthümlichen Rechtes" der Menschheit an der Erdoberfläche eröffnet.

recht 1834. §. 187 ff.; 1840, §. 211. 214) gegen den ganzen Begriff erklärt und Beseler, Erbvertr. I. S. 73 ff. und System II. S. 46, Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte von Zürich I. S. 78 und D. Privatr. I. S. 259, Wolff, Lehrbuch §. 108, haben seine Rettung nur mit Rücksicht auf die deutschen Genossenschaften versucht. Mit Recht hat sich aber Gerber, System §. 77 und Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 12. S. 208 ff., auch hiergegen erklärt. Dagegen haben Phillips, Grundsätze 1838. II. §. 86, Unger, altdeutsche Gerichtsverfassung 1842. §. 2, Tittmann, Heinrich der Erlauchte I. S. 174—176, und Warnkönig, französ. Staats- und Rechtsgesch. II. S. 449 und 568, sich des Gesammteigenthums angenommen. Phillips versucht den historischen Weg, folgert aber zuviel, wenn er aus der gemeinsamen Ansiedlung auf gemeinsames Eigenthum, das jedem Mitgliede der Familie ganz zustehe und sich in dem Einspruchsrechte der Erben äußere, schließt und auf dieselbe Weise, wie das Gesammteigenthum der Familie, auch ein Gemeinde-, Markgenossenschafts-, Ganerbschafts-Gesammteigenthum, ein Gesammteigenthum durch Erbvertrag, durch eheliche Gütergemeinschaft, durch Gesammtbelehnung construirt. Die juristische Begründung des Rechtes der Familie am Gute in §. 60: — „daß die waffenfähige Descendenz des ersten Erwerbers ein Gesammtrecht an den Grundstücken habe, dessen Gewere einer von ihnen factisch ausübe, während jedem der andern nur ein eventuelles Recht, eine eventuelle Gewere, daran zustehe," leidet an Unbestimmtheit der Begriffe von Gesammtrecht und Gewere und reicht nicht aus, weil das Einspruchsrecht des nächsten Erben nicht blos der waffenfähigen Descendenz zustand.

Der Gedanke des Gesammteigenthums enthält einen innern Widerspruch. Denn da Eigenthum die vollkommene rechtliche Herrschaft über einen körperlichen Gegenstand ist, so kann ein Eigenthum Mehrerer an derselben ganzen Sache nicht gedacht werden. Daß aber das deutsche Recht einen derartigen Begriff gehabt habe, läßt sich nicht erbringen.[6] Einerseits wäre

[6] s. Dunker, Zeitschrift für deutsches Recht, II. S. 183 ff.

er praktisch ganz undurchführbar; denn hätte Jeder die Herrschaft über die ganze Sache, — das condominium plurium in solidum, — so würde Jeder durch seine Verfügungsgewalt den Andern ausschließen und deßhalb beliebig über die Sache verfügen können, ein Gesammteigenthum hätte also gerade die der gewollten entgegengesetzte Folge. Die Quellen andererseits enthalten ihn nirgends. Der Ausdruck: gesammte Hand, communicata manus etc., ist nichts anderes, als die Bezeichnung eines Rechtssymbols, das sowohl bei obligatorischen als dinglichen Rechtsgeschäften vorkommt und überhaupt nur Rechtsgemeinschaft bedeutet. Eine Auflassung zur gesammten Hand überträgt Miteigenthum zu ideellen Theilen. Die Form. Lindenbrog. L, die Beseler, Erbvertr. I. 106, für das Gesammteigenthum citirt, enthält nicht die Bestellung eines solchen, sondern eine suspensiv bedingte Auflassung unter Ehegatten. Aus dem corporativen Triebe des germanischen Lebens, auf welchen Beseler l. c. S. 74 das Gesammteigenthum stützt, folgt noch nicht diese abnorme Rechtsbildung. Denn das Moment der Dauer, das solchen Vereinigungen gewöhnlich zu Grunde lag, übt keinen Einfluß auf das Wesen des Eigenthums aus; und wenn der gebundene Wille Mehrerer sich im römischen Rechte nicht ebenso wie im deutschen „durchweg als ein einziger" erweisen durfte, so lag der Grund in einer positiven gesetzlichen Normirung der römischen Gemeinschaftsverhältnisse, die aus Rücksichten der Rechtspolitik und nicht aus einem principiellen Unterschied zwischen dem römischen und deutschen Eigenthumsbegriffe entsprang. Es hätte sonst das römische Recht nicht selbst eine Ausnahme von seinen gewöhnlichen Grundsätzen über die Societät machen können. [7] Auch die Genossenschaft kann nur als Gesammtheit durch die Fiction der juristischen Persönlichkeit Eigenthum ausüben, oder die einzelnen Mitglieder einer Genossenschaft haben Eigenthum nach Quoten. Der Ssp. I, 12 (Homeyers Ausgabe) erklärt ausdrücklich: svar brudere oder andere lüde

---

[7] cfr. Dig. (17, 2) pro socio l. 59. pr. l. 68. §. 8.

ir gut to samene hebbet, — de vrome is ir aller gemene; dat selve is de scade — aber nichts weiter.

Die Unmöglichkeit eines Gesammteigenthums springt in die Augen, wenn man dasselbe auf die Familie anwenden und das Einspruchsrecht des nächsten Erben daraus ableiten will. Bei der Annahme eines Eigenthums aller Familienglieder läßt sich nämlich die Erbfolge nicht denken; denn hat der Erbe schon vorher Eigenthum, so liegt nur eine Consolidation vor. Auch würde es zu monstrosen Rechtsbegriffen führen, wollte man der Familie in ihrer Gesammtheit, also auch den noch nicht gebore-nen Familiengliedern Eigenthum zuschreiben. Oder sollte sich juristisch rechtfertigen lassen, daß nach Fischer l. c. die entfernteren Verwandten in ihr stillschweigendes Sammteigenthum erst dann eintreten, wenn keine Kinder existiren und zu deren künftiger Existenz keine Hoffnung mehr ist, während der zu erwartenden engeren Verwandtschaft das ausdrückliche Sammteigenthum zusteht? [8] Es müßten ferner, wenn das Successionsrecht als Folge des Gesammteigenthums aufgefaßt wird, die Töchter, wofern und insoweit ihnen kein Erbrecht zustand, vom Gesammteigenthum der Familie ausgeschlossen werden, obgleich sie zur Familie gehören. Wollte man aber den Frauen die Theilnahme am Gesammteigenthum entziehen, ihnen also den Grundbesitz nehmen, so widerspräche das allen Quellenzeugnissen und dem Einspruchsrechte der Töchter bei Veräußerungen von Grundeigenthum würde die kaum versuchte Begründung wieder entzogen. Das Einspruchsrecht stand endlich nur dem nächsten Erben als solchen zu; wenn aber die gesammte Familie Eigenthum gehabt hätte, sollte sie desselben durch die einseitige Verfügung eines ihrer Mitglieder unter Zustimmung jenes nächsten Verwandten beraubt worden sein? Könnte eine solche Veräußerung gültig sein, wenn allen einzelnen Mitgliedern der Familie in solidum das Eigenthum zugestanden hätte? Auch war ja dem Erblasser freie Veräußerungs-

[8] Kohler, Privatfürstenrecht cap. V, statuirt ein „Sammteigenthum der lebenden Eigenthümer, Nascituren und Nonnaten“.

befugniß im Falle echter Noth eingeräumt; man kann aber doch nicht annehmen, daß die vorübergehende Noth eines einzelnen Familienmitglieds das Gesammteigenthum der Familie aufgehoben habe.

Pütter, Erörterungen u. Beispiele des deutsch. Staats- und Fürstenrechts, 1793, I, S. 216 ff., und Unger, Altdeutsche Gerichtsverfassung, 1842, §. 2, finden in der später vorkommenden Abschichtung der Kinder aus den väterlichen Gütern noch eine Nachwirkung des Gesammteigenthums, indem mit jener alle gegenseitigen Erbansprüche aufgehört hätten. Allein um diese Folge herbeizuführen, mußte zu der Absonderung ein Erbverzicht hinzutreten, der nicht nothwendig damit verbunden war und zu welchem vorausgesetzt wurde, daß noch unabgeschichtete Kinder im Gute verblieben.[9] Hätten ferner die Kinder Eigenthum gehabt, so müßte man ihnen das Recht, Abschichtung, d. h. Ausfolgung ihres Eigenthums, zu verlangen, zuschreiben. Dieses Recht bestand aber nach dem Sachsenspiegel nicht. Endlich wirkte der Erbverzicht blos zu Gunsten der unabgeschichteten Kinder; fielen diese vor der Erbtheilung hinweg, so traten die abgeschichteten in ihr Erbrecht wieder ein, wie sich denn auch die Kinder gegenseitig unter einander beerbten. Dies Alles wäre nicht möglich gewesen, wenn das Gesammteigenthum die Grundlage des Erbrechts gebildet und die Abschichtung den Austritt aus dem Gesammteigenthum enthalten hätte. Vielleicht hat auch nur der Gedanke des Gesammteigenthums die citirten Schriftsteller zu der unrichtigen Behauptung fortgerissen, daß im Landrecht durch Theilung des Erbes die Succession aufgehoben werde.

Ist es juristisch unmöglich, die Frage nach dem Ursprung des Einspruchsrechtes der nächsten Erben mit der Behauptung eines Familien-Gesammteigenthums zu beantworten, so würde schließlich diese Antwort nicht einmal weiter fördern. Denn es handelte sich wieder um die Grundlagen, auf welchen ein Familieneigenthum, das dem Rechte der freien Disposition des

[9] Ssp. I, 5. §. 1. I, 13. §. 1. II, 17. §. 2; 19. §. 1.

jeweiligen Inhabers so geradezu widersprach, beruht habe. An dieser Unzulänglichkeit leidet die Familieneigenthumstheorie, die Trummer, hamburg. Erbrecht, 1853, §. 10 und §. 56, aufgestellt hat. Indem er gegen den „raffinirten" Universalitätsbegriff der Familie und gegen das Gesammteigenthum derselben sich verwahrt, glaubt er „als das ursprüngliche Princip, welches bei unsern Vorfahren in deren Sachenrecht die Sitte geheiligt und welchem nicht das geschriebene Recht sich hatte entgegensetzen können", das „Recht der Familie" annehmen zu müssen. „Die Güter, welche Jemand besaß, und denen irgend ein erheblicher Werth beizulegen war, wurden als seiner Familie angehörig betrachtet. Der Begriff dieser Familienangehörigkeit darf aber in keiner für die rechtliche Fassungskraft unserer Vorfahren gekünstelten Weise aufgefaßt, die Natur und der Umfang des Rechts jedes Einzelnen der Familie an diesen Gütern nicht mit römischer Schärfe verfolgt und ermittelt werden." Berechtigung läßt sich diesem Gedanken nicht absprechen; allein in solcher Weise kann er als Princip eines Rechtssatzes nicht erscheinen, da er an zu großer Unbestimmtheit leidet. Man begreift nicht, was unter dem „Gehören", „angehörig sein" verstanden werden soll. Bedeutet das Wort kein Eigenthum, welchen Begriff enthält es? Darf man diese bedeutungslosen Wörter auf Unkosten der rechtlichen Fassungskraft „unserer Vorfahren" setzen? Trummer ist sich selbst entgegengetreten, wenn er z. B. l. c. §. 161 davon spricht, daß das berechtigte Mitglied der Familie das der letzteren zustehende Eigenthumsrecht am Erbgut geltend zu machen habe. Auch würde seine Ausführung zu viel beweisen. Denn wenn das gesammte Vermögen der Familie gehörte, müßten gleiche Grundsätze sowohl für Mobilien als für Immobilien gelten. Dem widerspricht Trummer S. 18 nicht, er glaubt nur, daß der Verkehr dieses ausgedehnte Familienrecht bald auf Immobilien und zuletzt auf Erbgüter beschränkt habe. Einer solchen Annahme stehen aber die Quellen entgegen, die einer Zustimmung der Erben zu Veräußerungen von Mobilien vor dem XV. Jahrhundert nicht erwähnen,[10] und

[10] s. Trummer l. c. §. 60. — Pauli, lüb. Recht I, S. 181.

widerspricht die Bedeutungslosigkeit der Mobilien beim Beginne des deutschen Rechtslebens. Man sieht auch nicht ein, welchen Zeitpunkt Trummer als denjenigen sich denkt, in welchem der lebhaftere Verkehr mit Mobilien das Recht der Familie auf diese zerstörte. Ist er mit der Entfaltung des städtischen Verkehrs und Handels gegeben, warum findet sich in den Statuten der Städte nirgends die Aufhebung dieses Rechtes? Warum im Gegentheil wird der Rechtssatz erst später auf Mobilien ausgedehnt? Endlich trifft auch diese Theorie der Einwand, daß, wenn die ganze Familie am Vermögen berechtigt wäre, dieses Recht doch durch die Noth eines einzelnen Mitglieds oder durch den Consens des nächsten Erben nicht aufgehoben werden könnte.[11]

§. 16.

Eichhorn. — Pauli. — Gaupp.

Die von Eichhorn, Rechtsgeschichte, 5. Auflage, 1843, I, §. 57 vergl. mit §. 19, aufgestellte Ansicht geht dahin, das Princip der Veräußerungsbeschränkungen — denn die Regel sei freie Befugniß zu Veräußerungen gewesen — könne nur darin gesucht werden, „daß die Ansprüche des nächsten Erben auf die Erbfolge in einem gewissen Umfang als unverletzlich betrachtet wurden, weil mit dem Recht auf jene auch die Verpflichtung der Blutrache in Verbindung stand“. Aus diesem Grunde ist nur der zur Zeit der Veräußerung nächste Erbe berechtigt und deßhalb steht die Beschränkung bei denjenigen Völkern, welche die Töchter von der Erbfolge ausschließen, nur dem Mannsstamme zu. „Mit der Schutzpflicht der Verwandten stand das Erbrecht in genauer Verbindung; weil aber Schutz und Wehr der Familie allein auf dem Mannsstamme ruhte, das weibliche Geschlecht hingegen blos Schützling war, so mußte dies auf einen Vorzug des ersteren vor diesem in Absicht des Vortheils der

[11] Für das älteste slavische Recht behauptet v. Richthofen, Singuläre Erbrechte an schlesischen Rittergütern, 1843, §. 2, „ein ursprüngliches Gesammteigenthum des Geschlechts an den Erbgütern. Ja es erscheint in einzelnen slavischen Rechten sogar ein ungetheilter Geschlechtsbesitz des Gesammtvermögens.“

Familienverbindung, des Erbrechts führen." Hiernach trat also das Erbrecht als Entschädigung für die Pflicht zur Blutrache und Bezahlung des Wehrgelds ein und mit dem Recht der Erbfolge war auch jene Pflicht verbunden.[1]

Obgleich sich der nahe Zusammenhang beider Rechtsinstitute nicht leugnen läßt, beruht doch ihre Verwandtschaft nicht auf einer Wechselbeziehung, sondern auf der Gemeinsamkeit ihrer Wurzel — der Einheit der Familie. So haben beide zwar dieselbe Grundlage, aber ihr Inhalt bestimmt sich nicht nach gegenseitigen Beziehungen zu einander, sondern nach eigenen Principien. Dies zeigt sich aus einer Vergleichung der Erbfolgeordnung mit der Reihenfolge, in welcher die Familienglieder für das Wehrgeld einzustehen haben. Nach Eichhorn müßte die Pflicht zur Blutrache und Bezahlung des Wehrgeldes mit dem Erbfolgerechte in derselben Person zusammentreffen. Nun setzt die L. Salica (Ausg. v. Waitz) tit. LVIII de chrene cruda fest, daß nur eine bestimmte Anzahl von Verwandten für jene Haftung verbindlich gemacht werden könne und zwar nach folgender Reihenfolge: Quod si jam mater[2] et fratres solserunt, tunc super sororem matris aut super filios suos debet illa terra jactare, id est super tres de generatione matris et super tres de generatione patris qui proximiores sunt. Dagegen bestimmt dasselbe Gesetz die Successionsordnung tit. LIX. de alodis in ganz anderer Reihenfolge: Kinder, (Vater,) Mutter, Bruder oder Schwester, Mutterschwester, (Vatersschwester,) der nächste von mütterlicher oder väterlicher Seite; im Grundeigenthum, — später im Erbgut, — folgt nur der Mannsstamm. Daraus ergibt sich denn offenbar, daß beide Rechtsinstitute keineswegs in gegenseitiger Beziehung standen, daß vielmehr die Frauen, obgleich ihnen kein Erbrecht am Grundeigenthum zustand, dennoch an der Buße Theil nehmen müssen. Wollte man sich darauf stützen, daß nur Männer die Pflicht der Blutrache hätten ausüben können, so stellte sich das Princip mindestens als unzureichend heraus, indem es nur für Rechte und

[1] Eichhorn stützt sich für diese Ansicht auf L. Angl. VI, 1.

[2] Andre Codices haben das Wort pater.

Zeiten paßte, welche die Frauen von der Succession in das Grundeigenthum gänzlich ausschloßen. Mit Recht hat aber Beseler, Erbverträge I, S. 51, bemerkt, es liege in der Natur der Sache, daß blos Männer an der Fehde Theil nahmen, hingegen da ihr Erfolg das Interesse der ganzen Familie betreffe, die Frauen Last und Vortheil theilten, als ein theilbarer Gegenstand an deren Stelle trat. Würden die Pflicht zur Blutrache und das Erbrecht sich gegenseitig bedingen, so könnten die Frauen nicht vor den Männern haften und in entfernteren Graden eine Theilung zwischen väterlichen und mütterlichen Verwandten eintreten, während die Successionsordnung und die von ihr abhängige Reihenfolge des Einspruchsrechtes gänzlich eine andere ist.[3]

Wohl kann man von einer Pflicht der Familie zur Erlegung des Wehrgeldes sprechen; dieser Pflicht entsprach aber entgegengesetzten Falles das Recht der Familie auf Empfang des Wehrgeldes, nicht das Einspruchsrecht des nächsten Erben. Denn die s. g. Vormundschaft des Todtschlags war nicht sofast eine Pflicht, das verübte Verbrechen zu sühnen, als vielmehr ein Recht, Buße zu fordern und Fehde zu erheben. Demnach ist die Betrachtung der Rache als einer auf den Verwandten lastenden Pflicht eine einseitige, da es freistand, das Wehrgeld zu fordern statt Fehde zu erheben.

Eichhorn nimmt, §. 68 Nro. 1 der Rechtsgeschichte, das Einspruchsrecht des nächsten Erben nur bei Veräußerungen unbeweglicher Erbgüter an.[4] Allein die Quellen der ältesten

---

[3] Pauli l. c. hat auf das dänische Recht verwiesen, in welchem nicht blos die nächsten Erben, sondern auch die entferntern Verwandten väterlicher und mütterlicher Seite an der Composition Theil nahmen, während das Einspruchsrecht nur dem nächsten Erben zustand. Auch sagt schon Tacitus Germ. c. 21: Recipit universa domus satisfactionem; also hat wohl nicht blos der nächste Erbe die Fehde erhoben.

[4] Doch nicht mit Bestimmtheit. conf. ibid. S. 332: „daß das Widerspruchsrecht der Descendenten gegen Schenkungen allenthalben, oder doch in der Regel, wie bei den Burgundern, nur auf die Erbgüter zu beschränken war, ist allerdings nicht unwahrscheinlich; bei der Unbestimmtheit der meisten Volksrechte kann man aber ebenso wenig hierüber urtheilen, als u. s. w."



Periode machen die Unterscheidung zwischen Erb- und gewonnenem Gut niemals mit Rücksicht auf das Einspruchsrecht des nächsten Erben (conf. §. 13). Wäre der Ansicht Eichhorns gemäß die Erbfolge eine Entschädigung für die Blutrache und das Einspruchsrecht ein Schutz, um jener Entschädigung nicht verlustig zu gehen; so müßte dasselbe consequent auf alle Gegenstände sich erstrecken, die möglicher Weise zu erben wären, also nicht blos auf Immobilien ohne Unterschied sondern selbst auf Mobilien. Endlich ist es auffallend, wenn (Rechtsgesch. l. c. S. 328) die L. Angl. et Werin. für das Recht der freien Veräußerungsbefugniß angeführt wird, während (nach S. 329) dasselbe Gesetzbuch das Princip des Einspruchsrechtes der Erben enthalten soll.[5]

Eichhorns Ansicht hat v. Sydow, Darstellung des Erbrechts nach den Grundsätzen des Sachsenspiegels, Berlin 1828, S. 181, angenommen, indem er die Familienbürgschaft als Grundlage des Einspruchsrechtes der Erben ansieht. Allein der Pflicht zur Gewährleistung für Buße und Wette[6] entspricht nicht das Einspruchsrecht des Erben bei Veräußerungen von Grundeigenthum, sondern das Recht der Empfangnahme jener bei Verletzungen von Mitgliedern der eigenen Familie.

Den Mangel des Eichhorn'schen Princips einsehend haben Pauli und Beseler eine andere Begründung versucht. Ersterer formulirt in seinen Abhandlungen aus dem lübischen Rechte I, S. 13 ff., unter Beschränkung des Einspruchsrechts der Erben auf Erbgüter die Frage dahin: „Warum durfte man über ererbtes Eigen nicht frei verfügen?“ und beantwortet sie folgen-

---

[5] Das Thüring. Recht schließt die Töchter von der Succession in liegende Güter gänzlich aus und theilt die hereditas dem nächsten vom Mannsstamme zu. Blutrache aber konnte der Natur der Sache nach nur der Mann erheben und die Befugniß dazu hatte der nächste vom Mannsstamme. Im Titel VI ist noch das gesonderte Successionsrecht des nächsten Schwertmagen in die Rüstung, lorica, erwähnt, offenbar eine Andeutung des spätern Heergeräthes. Alle drei Berechtigungen des nächsten Agnaten werden im letzten Capitel zusammengestellt. Daß hierin ein tieferes Princip verborgen liege, ist nicht wahrscheinlich.

[6] Gegen N. 147b l. cit. läßt sich nichts einwenden.

dermaßen: „Es scheint mir der Grund hauptsächlich in einer tief im germanischen Leben ruhenden Ansicht zu liegen, daß der Einzelne, sowie auf der einen Seite seine Fähigkeit zu Verfügungen, selbst über fahrende Habe, an seine physische Kraft gebunden, und innerhalb der Sphäre seiner irdischen Kraft beschränkt war, so auf der anderen Seite nur mit dem durch eigene Kraft und Thätigkeit Erworbenen frei nach Gutdünken schalten und walten dürfe, dagegen das ihm ohne sein Zuthun durch die von einer höheren Hand geordneten Verhältnisse und in Folge des vom Volksrechte bestimmten Erbgangs Zugefallene als ein geliehenes Gut zwar zu benutzen, dagegen nicht anderweit darüber nach Willkür zu verfügen befugt sei, sondern es, wie er es selbst überkommen, auch seinerseits wieder dem Erbgang überlassen müsse."

Man muß Pauli beipflichten, wenn er eine Begründung nicht in zufälligen Ereignissen, sondern in dem Charakter des germanischen Lebens findet; wenn er den ganzen germanischen Geist, die Grundanschauung des deutschen Volkes über das Recht und die Berechtigung des Einzelnen zur Unterlage herbeizieht. Vielfach wurde darauf hingewiesen, wie das deutsche Recht weniger die Freiheit des subjectiven Gedankens, als den objectiven in dauernden Verhältnissen bleibend ausgesprochenen sittlichen Willen der Gesammtheit zum Ausgangspunkte gewählt habe. Allein gerade von diesem Gesichtspunkte aus, den Pauli an die Spitze gestellt haben will, ergibt sich der Vorwurf gegen seine Begründung, daß sie zu allgemein und zu abstract gehalten ist. Es liegt in ihr keine Anknüpfung an objective Rechtsinstitute, sondern die durch den Glauben an eine höhere Hand bestimmte Gesinnung des Einzelnen erzeugt die Rechtsregel. Dadurch entzieht Pauli seiner Ansicht das nationale Gepräge wieder, das er ihr vindiciren will. Sie stützt sich, losgetrennt von den gegebenen Rechtszuständen, auf ein in der Seele des Einzelnen liegendes Motiv seiner subjectiven Handlungsweise, aus welchem eine objective Rechtsregel ohne Anknüpfung an die übrigen bestehenden Rechtsinstitute offenbar erzwungen wird. Pauli hat in zu scharfem Gegensatz gegen den von Eichhorn u. A. als

Princip aufgestellten gegenseitigen Schutz der Familienglieder die objectiven Anknüpfungspunkte des Rechtsinstituts außer Beachtung gelassen, während es sich, trotz der Gründe gegen Eichhorn, nicht leugnen läßt, daß dem Stammgutssysteme der deutschrechtliche Familienbegriff in seiner politischen Bedeutung zu Grunde liegt. Es entsprang aus der objectiven Stellung der Familie in Recht und Staat. Das einzelne Subject erschien als in den Begriff der Familie aufgenommen; seine Güter waren nicht blos die Unterlage der individuellen Berechtigung, sondern des Rechts der Familie. Hier entschied daher nicht mehr blos sein Wollen und Denken; seine Freiheit erschien vielmehr gebunden durch die ihm objectiv entgegentretende rechtliche Stellung der Familie. Ohne letztere zu beachten, hat Pauli die Bedeutung des Grundeigenthums als Bedingung der Rechtsfähigkeit nur vorübergehend und in Betreff des Einzelnen, nicht der Familie, erwähnt.

Pauli's ganze Begründung beruht endlich auf der Unterscheidung von Erb- und wohlgewonnenem Gut. Dieser Unterschied habe schon in ältester Zeit bestanden und die Beschränkung des Einspruchsrechtes der Erben auf Veräußerungen von Erbgut sei schon vor dem Mittelalter in den Quellen zu finden. Es stellt sich freilich dem ersten Einblick in die alten Gesetze, Formeln und Urkunden der Gegensatz zwischen bona acquisita und hereditaria dar.[7] Aber nirgends wird diese Unterscheidung in Beziehung zu dem Einspruchsrechte des nächsten Erben gesetzt, nirgends findet sich auch nur die Andeutung einer Beschränkung desselben auf Veräußerung von Erbgütern;[8] erst im Mittelalter trifft man sie und zwar hauptsächlich in den Stadt-

---

[7] Pauli hätte noch eine Menge von Citaten gleicher Art, wie die S. 13. N. 32 angeführten, geben können, beweisend wären sie nicht geworden.

[8] Wenn Pauli die L. emend. tit. LXII anführt, so muß dies billig Wunder nehmen. Das Wort terra s a l i c a findet sich nicht einmal in der ursprünglichen Redaction. Der ganze Titel aber handelt von der Succession und setzt die Unterscheidung zwischen Stamm- und anderem Gut so wenig in Verbindung mit dem Einspruchsrechte der Erben, als die L. Ripuar. dasselbe auf die terra a v i a t i c a beschränkt. cfr. §. 13.

rechten. Denn in den Städten, welchen der wachsende Verkehr und steigende Handel das Einspruchsrecht des nächsten Erben als ein beengendes Hemmniß erscheinen ließen, traten naturgemäß zuerst Beschränkungen [9] desselben ein.

Es läßt sich auch nicht nachweisen, was Pauli behauptet, daß in den Landrechtsbüchern des Mittelalters das Wort Eigen die Bedeutung von Erbgut habe. Der Sachsenspiegel I, 52 gebraucht dasselbe als Bezeichnung der Grundstücke überhaupt und setzt I, 9; — I, 31 das Eigen in Gegensatz zu der fahrenden Habe. Hätte er blos ererbtes Gut der Veräußerungsbeschränkung durch den nächsten Erben unterwerfen wollen, so würde ihm hiefür eine Bezeichnung nicht gemangelt haben. Denn er kennt den Gegensatz von erft egen und gekoft egen oder gegeven. (Sachsenspiegel II, 43.) Ebenso verhält es sich mit dem Schwabenspiegel; er nennt in cap. 198 (Ausg. v. Laßberg) das von Sippe halben Ererbte Erbgut, aber eine Beschränkung des Einspruchsrechts der nächsten Erben hierauf kennt er nicht (cfr. §. 21).

Gaupp, der die Frage in seiner Schrift über das Recht der Sachsen, 1837, berührt, ist der Ansicht, sie lasse sich überhaupt für die älteste Zeit nicht mit Sicherheit beantworten, es sei aber das Wahrscheinlichste, daß schon seit früher Zeit eine große Mannigfaltigkeit der Grundsätze stattgefunden habe; die Annahme, das älteste Recht sei auch das strengste gewesen, könne wenigstens aus den Quellen nicht begründet werden. In seiner Schrift über das schlesische Landrecht, 1828, S. 103 f., hatte Gaupp versucht, das Recht des nächsten Erben auf ererbtes Gut zu beschränken, ein Versuch, der ihm also selbst nicht gelungen schien.

---

[9] Die älteste Spur enthält übrigens das Wormser Dienstrecht v. 1024 (Walter, corp. jur. germ. III, 775). Lex erit familiae, si quis praedium vel mancipia in hereditatem acceperit et in paupertatem inciderit, et ex hac necessitate hereditatem vendere voluerit; prius proximis heredibus cum testimonio proponat ad emendum, si autem emere noluerint, vendat cui voluerit.



§. 17.

Beseler.

Die andere im Gegensatz zu Eichhorn aufgestellte Ansicht ist die von Beseler, Erbverträge I, §. 5, gegebene. Er gewinnt aus einer Erörterung der älteren Quellen das Resultat, daß die Veräußerung des Grundbesitzes ursprünglich durch die Erben nicht beschränkt war, daß aber die Sitte „früh" eine Ausnahme von diesem Princip zum Besten der Kinder machte, welche „später" auch auf entferntere Verwandte ausgedehnt wurde. Zwar wirft sich Beseler die Frage auf, wie denn eine freie Verfügung über den Grundbesitz in einer Zeit möglich war, wo dieser „vorzugsweise" den Mittelpunkt für das bürgerliche Leben ausmachte; beantwortet sie aber durch die „einfachen und natürlichen Verhältnisse" jener Zeit, deren Bild man noch jetzt in unserm Bauernstande finden könne. Die „Liebe" zum ererbten Eigen, der „Wunsch", für die Seinigen etwas zu erarbeiten, also die „natürliche Neigung", die „Sitte" und nicht ein gesetzliches Verbot haben es „unnatürlich" erscheinen lassen, daß die Eltern ihr Vermögen durch „Freigebigkeit" den Kindern entzogen. Dieser Schutz der Kinder durch die natürliche Liebe der Eltern und durch die Sitte habe unter den seit Einführung des Christenthums entstehenden Schenkungen an die Kirche gelitten. Denn das Anfangs edlere Streben der Geistlichkeit sei bald in Habsucht ausgeartet. Dadurch seien die heiligsten Pflichten gegen die Familie verletzt und diese selbst von der Hoffnung auf ein reichliches Auskommen an den Bettelstab gebracht worden. In den Volksrechten habe man wegen des Einflusses der Geistlichkeit auf ihre Abfassung mit einer Beschränkung dieser Freigebigkeit nicht aufkommen können. Die Umgestaltung lasse sich jedoch nachweisen. Von jeher habe man die Verwandten zugezogen, weil man den Erwerber vor einem Rechtsstreite sicher stellen wollte und bei der Wichtigkeit des Grundbesitzes ein gemeinsames Handeln der Familie „natürlich" erschien. Halte man nun fest, daß die Verwandten stets zugegen waren, so lasse sich die Entstehung ihrer Berechtigung dadurch erklären, daß aus der

Neigung, den Kindern das Erbe zu wahren, die Nächsten der Sippe für den Fall, daß Kinder fehlten, sich ein gleiches „Recht" hergeleitet hätten, und aus der häufigen Theilnahme der Verwandten habe sich die Meinung gebildet, ihre Zustimmung sei nothwendig.

Diese Ansicht charakterisirt sich im Gegensatz zu der nationalen Anschauung, die Pauli dem ganzen Rechtsinstitut zu unterlegen sucht, durch die Hervorhebung allgemein menschlicher Rücksichten, der natürlichen Liebe, der elterlichen Neigung, der Gewöhnung und Sitte, also solcher Motive, die alle Völker mit einander theilen, — auf welche aber dennoch ein speciell germanisches Rechtsinstitut gebaut wird. Pauli hat das Uebergewicht des Familieneinflusses auf die Bestimmung dieses Rechtsinstituts nicht hervorgehoben; Beseler dagegen spricht von der deutschen Familie. Allein nicht aus ihrer rechtlichen Stellung entspringt nach ihm die Betheiligung des nächsten Erben bei Veräußerungen von Grundeigenthum, sondern aus der natürlichen verwandtschaftlichen Neigung, die in jeder Familie sich findet. Wie aber soll es sich dann erklären lassen, daß gerade im germanischen Rechtssysteme, und nur in ihm, eine so große Berechtigung des nächsten Erben entstehen konnte, wenn nicht besondere, dem germanischen Rechtsbewußtsein eigenthümliche Anschauungen wirkten, während man z. B. im römischen Recht nach einem derartigen Institute vergebens sucht? (cfr. § 29). Der Grund der Verschiedenheit muß also in verschiedenen Rechtsprincipien, von denen beide Völker ausgingen, liegen. Denn allgemeine, allen Menschen gemeinsame Motive, Neigungen und Triebe sind nicht vermögend, eine so bestimmt fixirte, dauernd beibehaltene und gegensätzlich zu den Rechtszuständen anderer Nationen hervortretende rechtliche Gestaltung zu erzeugen und zu erhalten. Daß ursprünglich unbedingte Freiheit zu Veräußerungen von Grundeigenthum bestanden und nur die Sitte Beschränkungen hervorgerufen habe, läßt sich aus den „einfachen und natürlichen Verhältnissen" jener Zeit nicht begreifen, da das Grundeigenthum nicht blos „vorzugsweise", wie Beseler meint, sondern durchaus den Mittelpunkt des bürgerlichen Lebens bildete. Eine

Analogie mit dem heutigen Bauernstande ist nicht möglich, seit die politische Bedeutung des Grundeigenthums verschwunden ist. Die faktische Unveräußerlichkeit der Bauergüter, wo solche noch besteht, kann daher nicht die Folge nationaler öffentlich- und privatrechtlicher Verhältnisse, sondern nur natürlicher Motive sein. Erwägt man dagegen die politische Bedeutung des Grundbesitzes in der germanischen Zeit, so müßte man sich wundern, wenn ein Institut, das dessen Beibehaltung und Sicherung für die Familie bezweckte, nicht der Ausfluß speciell germanischer Rechtsanschauungen über Grundbesitz und Familie wäre. Wie hätte die rechtliche Stellung der Familie im Staate geschützt sein können, wenn sie blos auf der Sitte und der natürlichen Neigung beruht hätte? Ihre Freiheit oder Unfreiheit wäre von dem Belieben des Einzelnen, von seiner Neigung und Liebe zu Kindern und Verwandten abhängig gewesen; und weil aus sittlichen Ansprüchen der Familie nie rechtliche Forderungen entspringen können, sittliche Motive, so sicher und stark sie dem deutschen Rechte innewohnen, concrete juristische Wirkungen nicht erzeugen; so hätte es, wenn einmal die freiwillige Beschränkung zum Besten der Kinder oder Verwandten wegfiel, keine Klage gegen denjenigen gegeben, der sich über die Sitte hinwegzusetzen wagte, und die Stellung der Familie wäre dadurch der Willkür preisgegeben gewesen.

Vor allem wird es sich darum handeln, aus welchem Grunde und wann aus der Sitte ein Recht wurde. Beseler findet den Grund in der Habsucht der Geistlichkeit, die auf jene Sitte zerstörend einwirkte und dadurch das deutsche Volk nöthigte, mit rechtlichen Schutzmitteln durchzugreifen. Nun aber ist das Einspruchsrecht des nächsten Erben durch kein specielles Gesetz hervorgerufen, durch welches man gegen die Habsucht der Geistlichkeit eingeschritten wäre. Ein Rechtssatz, der so lang das deutsche Rechtsleben beherrschte, hätte nimmer diese mächtigen Wurzeln schlagen können, wenn er seinen Ursprung nicht tieferen Gründen, sondern nur zufälligen und vorübergehenden Bedürfnissen verdankt und sein Ziel, die Freiheit zu Schenkungen an die todte Hand zu beschränken, so weit überschossen hätte.

Das Einspruchsrecht konnte also nur durch allmälige Umgestaltung der Verhältnisse auf dem Wege der Gewohnheit entstehen (s. Beseler l. c. S. 63). Wie soll sich aber ein Gewohnheitsrecht erzeugen, wenn seine Grundlage, die Sitte, zerstört ist und das Bewußtsein der Nothwendigkeit fehlt? Denn die Bildung eines Gewohnheitsrechtes läßt sich nicht begreifen, wenn man ihm den Boden der Sitte entzieht. Doch hätten durch die Habsucht der Geistlichkeit, die nach Beseler den zerstörenden Einfluß auf jene Sitte übte, so rein menschliche Motive, wie elterliche Zuneigung u. s. f., nicht einmal außer Wirkung gesetzt werden können. Nach Beselers Ausgangspunkten würde ferner der Rechtssatz seine Aufgabe weit überschreiten. Denn um die Kinder nicht an den Bettelstab zu bringen, hätten einfachere Mittel genügt, als das Einspruchsrecht des nächsten Erben; man hätte, — und davon spricht Beseler auch nur, — nichts nöthig gehabt, als Freigebigkeiten über ein bestimmtes Maß zu verbieten, keineswegs jedes Veräußerungs-Geschäft, auch ein oneroses, für anfechtbar zu erklären, wenn der Consens des nächsten Erben fehlte. Denn solche Geschäfte hätten unter Umständen recht vortheilhaft für Kind und Kindeskind ausfallen können. Dennoch aber verbot man sie; ja man gab nach einigen Rechten sogar den fernen Agnaten das Einspruchsrecht vor den Töchtern; etwa um jene nicht an den Bettelstab zu bringen? Was konnte dem Veräußerer daran liegen, seinen fernen agnatischen Vettern, zu denen er vielleicht keine Liebe hegte, etwas zu „erarbeiten?" Endlich müßten diesem Principe gemäß auch Mobilien dem Einspruchsrecht unterliegen, da durch ihre Veräußerung die Verwandten gleichfalls geschmälert werden könnten.

Man sieht weiterhin nicht ein, warum die Verwandten, wenn ihnen doch lediglich kein Recht zustand, zu Veräußerungen regelmäßig zugezogen wurden. Im Interesse des Erwerbers lag es gewiß nicht, daß sich der Veräußerer noch von verschiedenen Rathschlägen und Consensen abhängig machte, die er rechtlich nicht nöthig gehabt hätte. Denn hatte der Erbe kein Recht, so konnte es dem Erwerber auch nicht schwer fallen, schwierige Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden; Zeugen und Urkun-

den würden ihn genug gesichert haben.[1] Aber auch dem Veräußerer mochte es nicht angenehm sein, die Sippschaft bei jeder Veräußerung zu Rathe zu ziehen und vielleicht ferne Verwandte zu befragen und mit Strafe zu bedrohen, wäre es ohne rechtliche Bedeutung gewesen, ihren Consens einzuholen oder ihren gegentheiligen Ansichten sich zu fügen. Endlich würde es doch auffallen, wenn die Verwandten, ohne daß ihnen irgend ein Recht zugekommen wäre, bei Veräußerungen sich betheiligt, ja selbst mitgehandelt hätten, da sie eine höchst überflüssige Rolle gespielt haben würden.

Gegen Beselers Berufung auf die Quellen läßt sich einwenden, was schon Pauli sagt: daß es ihm nicht gelang, die Berechtigung des Erben wegzudeuten. Sie tritt zu deutlich hervor, als daß man sie in den geschriebenen Quellen der ältesten Zeit leugnen könnte.[2]

§. 18.
Sandhaas. — Walter.

Sandhaas, germanistische Abhandlungen, Gießen, 1852, S. 165—208, hat über Natur und Berechtigung des nächsten

[1] s. die Urk. aus Meichelb. bei Beseler l. c. §. 32. Note 5. Hier bedurfte es gegen die Anfechtung nur des Beweises durch Zeugen; denn Vergabungen an die Kirche waren nach bayerischem Rechte freigegeben. Die in N. 37 citirte Urkunde gehört nicht hierher; denn Zustimmung oder Abfindung der Söhne war nach bayerischem Rechte nothwendig.

[2] Es bleibt noch übrig, auf die Benützung von Meichelbeks Sammlung aufmerksam zu machen. In Freisingen kamen die Grundsätze des bayerischen Gesetzes zur Anwendung (s. §. 8), welche auch in sämmtlichen von Beseler citirten Urkunden enthalten sind. Die Ausdrücke consentire, collaudare bedeuten zwar nicht immer die Einwilligung des Erben, sind aber deßhalb nicht bedeutungslos. Eine Einwilligung sprechen aber gewiß die in N. 37 und 42 angeführten Urkunden aus. Auch die Urk. in N. 39 deutet auf die Nothwendigkeit der Einigung mit den Söhnen. — Aus Meichelbeks Sammlung läßt sich der gesammte Entwicklungsgang des Einspruchsrechtes erkennen, wie es aus der Beschränkung durch die Privilegien der Kirche zu der alten ungeschmälerten Anerkennung erwuchs, indem die Söhne, die nur Abschichtung hatten verlangen können, das alte Recht der Zustimmung zu Veräußerungen und auch die Seitenverwandten das Recht der Einwilligung selbst bei Vergabungen an die Kirche wieder erlangten.

Erben aus den Quellen das Resultat gewonnen, daß das „Recht" der verschiedenen Stämme und „Form" und „Sache" gehörig zu trennen seien. Franken, Thüringer, Longobarden, Alamannen und Bayern hätten blos sittliche Ansprüche, die Sachsen dagegen von jeher formelle Berechtigungen der Erben anerkannt, die Burgunder endlich weder diese noch jene.

So gewiß die Annahme ist, daß die Rechte der verschiedenen Völker nicht in allen Punkten übereinstimmen konnten, und so berechtigt also der Gedanke ihrer getrennten Behandlung erscheint, so läßt sich doch bei der Mangelhaftigkeit und Kürze der Quellen, besonders im Privatrecht, ihre Verschiedenheit unter einander bis ins Einzelne nicht ergründen. Es bleibt nur die Möglichkeit, aus dem Gesammteindrucke, den sie gewähren, ein allgemeines Bild des Rechtszustandes ihrer Zeit zu gewinnen. Sandhaas beschränkt nun Beselers Aufstellung von sittlichen Ansprüchen, wie dieser sie für die älteste Zeit überhaupt annahm, auf diejenigen Völker, in deren Rechtsaufzeichnungen des Einspruchs der Erben nur beiläufig, nur andeutungsweise Erwähnung geschieht. Um aber doch eine allzugroße Verschiedenheit des sächsischen Rechtes von dem der übrigen Völker zu vermeiden, um die verschiedenen Andeutungen in den Gesetzen der letzteren zu erklären und den spätern Rechtszustand nicht plötzlich hervorschießen zu lassen, wird ein Unterschied zwischen Form und Sache gemacht, wonach da, wo die rechtliche Form fehlt, die Sache eintreten muß, so daß bei allen Völkern in Wirklichkeit ein gleicher Zustand der Veräußerungsbeschränkung gefunden wird. Hiergegen läßt sich aber einwenden, was Sandhaas gegen Beseler ausgeführt hat: „daß man sich vergeblich nach einem Grunde umsieht, der eine so tief eingreifende Veränderung — die Umwandlung blos sittlicher Ansprüche in rechtliche — zu erklären im Stande wäre", daß seine Meinung ferner gegen die ausdrücklichen Zeugnisse der Volksrechte verstößt, die er in §. 4 aufzählt, und daß es nicht angeht, sog. „sittliche Berechtigungen" mit Rechten, die auf Gesetz oder Gewohnheit beruhen, zusammenzustellen, um daraus einen gemeinsamen Zustand herzuleiten. Denn will man aus den Andeutungen der

fränkischen, bayerischen und alamannischen Aufzeichnungen nicht schließen, daß bei diesen Völkern ein ebenso starkes Gewohnheitsrecht herrschte, wie in Sachsen, wo dasselbe ausdrücklich in das Volksgesetz aufgenommen wurde, will man vielmehr nur sittliche Ansprüche aufstellen, so hat man eben kein Recht und keine Klage, also keinen Schutz, und es wiederholt sich die Frage, wodurch, wann und warum verwandelte sich jene Sitte in ein Recht?

Wenn man annimmt, daß nur die Sachsen das Einspruchsrecht des nächsten Erben kannten, so enthält ihr Recht eine Ausnahme von dem zur Zeit der leges Barbarorum gemeinen Rechtszustande freier Veräußerungsbefugniß des Landeigenthümers. Welches ist der Grund dieser Ausnahme, dieser Partikularität? Wie kam es, daß nur bei den Sachsen die rechtliche Anerkennung eines Zustandes erfolgte, der dem gesammten Rechts- und Staatsleben damaliger Zeit so ganz entspricht?

Die Unterscheidung von Form und Sache, — nur eine Wiederholung der sittlichen Ansprüche Beselers, — steht weder mit den Andeutungen der Volksrechte, noch mit den Urkunden, noch mit dem Gang der gesammten Rechtsentwicklung überhaupt in Einklang. Auffallend ist es ferner, wie Sandhaas, wenn doch der faktische Zustand bei den einzelnen Völkern trotz der formellen Verschiedenheit ihres Rechtes der gleiche war, für die Begründung desselben zwei verschiedene Principien finden kann. Der Grund der sittlichen Ansprüche liege in der aus der politischen Bedeutung der Familie entspringenden Innigkeit des alten Familienbandes, dessen Auflösung die Einheit auch der natürlichen Familienverbindung zwar geschwächt habe, ohne jedoch den Ansprüchen des Erben Eintrag zu thun, die vielmehr sogar zu rechtlichen erhoben worden seien. Der Grund der letzern liege in der „Idee, daß es Aufgabe des Sachenrechtes sei, nicht blos einem Theile der Staatsangehörigen, etwa den gegenwärtigen Besitzern, sondern allen Gliedern des Rechtsvereins die sachlichen Bedingungen eines vernunftgemäßen Daseins zu gewähren." Die Berechtigung dieser Idee sogar zugegeben,

kann sie doch unmöglich als Voraussetzung des Rechtszustandes jener Zeit erscheinen. Wenn, wie Sandhaas einräumt, die Innigkeit der alten Familienverbindung darauf beruhte, daß sie mit streng fixirten Rechten und Pflichten umgeben war, so läßt es sich nicht begreifen, wie gerade die Unveräußerlichkeit des in der Hand eines Familiengliedes vereinigten Grundeigenthums nicht auch rechtlich, sei es durch Gesetz oder Rechtsgewohnheit, geschützt war, so daß der verletzte Erbe gerichtlich auftreten und das entzogene Gut zurückfordern konnte; — während die Beziehungen der Familienglieder rücksichtlich der Ehe, des Erbrechts, der Vormundschaft, der Haftung so bestimmt gesetzlich normirt waren. Hing doch die Sicherheit der Familie vom gerichtlichen Schutz ab, den ihr nur das mit Grundeigenthum ansessige Haupt zu gewähren vermochte; und nun sollte die Geltendmachung aller jener Rechte, der politischen wie der privaten, auf das Fundament einer blos sittlichen Rücksicht, nicht auf eine Rechtsnorm gegründet gewesen sein? Offenbar verlangt die juristische Consequenz, daß die Grundlage jener Rechte gleichfalls in einer Rechtsnorm niedergelegt war. Ja noch mehr; wenn Sandhaas in dem Einspruchsrechte des Erben auch die Möglichkeit sieht, die natürliche Subsistenz sich zu erhalten, hätte nicht die drohende Gefahr, der Erblasser möchte seinem Erben den Unterhalt entziehen, schon vom Beginne dauernden Landbesitzes an eine sichernde Rechtsnorm herbeiführen sollen? Zwar behauptet Sandhaas, diese Rücksicht sei erst eingetreten, nachdem die politische Berechtigung der Familiengemeinschaft untergegangen und dadurch ihre Einheit gelöst war; allein solche Motive würden gewiß nicht erst nachgehends entstanden sein, da sie durch politische Rechte der Familie nicht ausgeschlossen werden und zu ihrem Entstehen eine Lockerung des Familienbandes nicht nöthig ist. Uebrigens war im Mittelalter die politische Bedeutung des Grundeigenthums entfernt nicht verschwunden (s. §. 18 u. §. 21). Endlich ist der Gedanke, durch das Einspruchsrecht des nächsten Erben eine Verarmung der Nachkommenschaft zu verhindern, zu allgemein, als daß er ein

specifisch germanisches Rechtsinstitut begründen könnte; denn ihm mangelt jede nationale Besonderheit und Eigenthümlichkeit.

Bei der Aufstellung eines Princips zur Rechtfertigung der sittlichen und eines zweiten zur Begründung der späteren rechtlichen Ansprüche des nächsten Erben läßt sich der Rechtszustand der Sachsen seit ältester Zeit nicht begreifen. So lange die politische Bedeutung der Familie bestand, behauptet Sandhaas, habe es einer rechtlichen Normirung des Einspruchsrechtes der Erben nicht bedurft, da man sich aus Rücksicht auf die Sitte an ihren Widerspruch gehalten habe; erst als jene Bedeutung schwand und die Familieneinheit sich löste, sei dieses Recht entstanden. Allein die L. Sax. enthält den Rechtssatz, die L. L. Rip., Alam., Baiuv. deuten ihn an, und Niemand wird behaupten, daß die Innigkeit der deutschen Familie und ihre politische Bedeutung schon damals verschwunden waren. Sandhaas müßte daher ein neues drittes Princip für den rechtlichen Ausnahmszustand der L. Sax. aufstellen. Aber hiervon abgesehen liegt in der ganzen Idee eine Verkennung des Charakters der germanischen Rechtsaufzeichnung. Denn die Abfassung sowohl der Volksrechte als der Rechtsbücher erfolgte offenbar nicht, um nach legislatorischen Rücksichten Gesetze zu schaffen, sondern diente nur dazu, den Rechtszustand, wie er vorlag, wiederzugeben. Wenn aber das Einspruchsrecht, wie selbst Beseler zugibt, bereits Jahrhunderte vor den Rechtsbüchern bestand, so kann es doch unmöglich durch die nationalöconomische Sorgfalt eines Gesetzgebers für künftige Generationen erst entstanden sein. Und wie zwecklos und unzureichend wäre diese Rechtsregel, da ja durch die Zustimmung des nächsten Erben zu einer Veräußerung sämmtliche Verwandten an den Bettelstab gebracht werden konnten. Man hätte also durch ihre Einführung den gewünschten nationalöconomischen Nutzen nicht einmal erreicht.

Die ganze Idee ist übrigens schon von Fischer, Erbfolgegeschichte der Seitenverwandten §. 16, ausgesprochen: „Der Ursprung des Geschlechts-Sammteigenthums ist aus der weisen Gesetzgebung bei Gründung der Staaten abzuleiten, wo man die Absicht hatte, durch kluge Einrichtungen ein beständiges

Ebenmaß unter den Vermögensumständen der Staatsbürger zu erhalten, und zu verhüten, daß die Nachkommenschaft nicht in Gefahr geriethe, den nöthigen Lebensunterhalt zu vermissen." (cfr. Fischer, Vers. über die Erbfolgsgeschichte II. Hauptst.). Diesen Nachklang der alten Familieneigenthumstheorie nimmt auch Sandhaas selbst in N. 72 [1] für seine Erweiterung der Idee Gerber's in Anspruch. Aus den von ihm angeführten Gründen jedoch folgt noch nicht die Nothwendigkeit einer derartigen Erweiterung nach der Familieneigenthumstheorie hin. Denn wenn Sandhaas behauptet, gegen den Ursprung des Instituts aus der politischen Bedeutung des echten Eigenthums spreche die Ausdehnung der Ansprüche des nächsten Erben auf Lehen- und Hofgüter, so verkennt er, daß hierin nichts weiter liegt, als eine analoge Ausdehnung bestehender Rechtsgrundsätze des Landrechts auf das Lehen- und Dienstrecht, die einer spätern Zeit angehört und gegen Gerbers Begründung nicht spricht.

Ein anderer Einwurf lautet dahin: „man könnte die Gerber'sche Theorie so mißverstehen, als wenn das Recht des nächsten Erben auf die gegenwärtige Gefahr der Beraubung der Vortheile der bürgerlichen Gesellschaft für den Erben selbst basire; dagegen würde dann zu erinnern sein, daß den Seitenverwandten jene Vortheile in der Regel schon durch die Rechte am Vermögen ihrer eigenen Verwandten gesichert sein mochten, ja daß, wenn der Erblasser ein beträchtliches Vermögen besaß, selbst das Interesse seiner Kinder keineswegs eine so umfassende Beschränkung gebot, wie sie im deutschen Recht wirklich gefunden wird." (Ibid. S. 202.) Diesem Einwurfe liegt der Gedanke zu Grunde, daß das deutsche Recht die politische Berechtigung der Familie an ein bestimmtes Maß des Grundbesitzes

---

[1] „Im ältern Recht ward also durch Rechtsregeln eben das für alle Familien bezweckt, was heutzutage noch durch Familienstiftung für einzelne Familien bezweckt wird. Dieser richtige Gedanke hat offenbar auch der Familieneigenthumstheorie der ältern Schule vorgeschwebt, die also eine gewisse Verwandtschaft mit Gerbers Idee, in der im Texte versuchten Erweiterung zeigt."

hätte knüpfen können,[2] so daß das Einspruchsrecht des nächsten Erben erst eingetreten wäre, wenn selbst dieses Maß durch die Dispositionen des Eigenthümers angegriffen wurde (conf. §. 22. bei Note 23; und §. 19.) Gegen diesen Einwand kann man sich nur auf die Geschichte des Rechtssatzes selbst berufen. Die ursprüngliche Ansiedlung auf den zugetheilten Grundstücken geschah familienweise; der Familie stand die politische Berechtigung, also auch der Anspruch auf den Schutz derselben durch die Erhaltung des Grundbesitzes zu. Diese Entstehung des Rechtssatzes schließt ein ursprüngliches Anknüpfen jener Berechtigung an ein bestimmtes Maß von Grundbesitz aus. Läßt man dagegen die Rechtsregel erst später entstehen, besonders nachdem die politische Bedeutung der Familie schon gebrochen war, so gelangt man mit Recht zu dieser Frage, ohne sie jedoch durch die Aufstellung einer Sorgfalt des Gesetzgebers für künftige Geschlechter erledigen zu können. Denn auch hierzu hätte die Beschränkung auf ein bestimmtes Maß genügt; onerose Geschäfte hätte man ganz freigeben, Liberalitäten durch ein derartiges Einspruchsrecht verhüten können. Gegen die spätere Entstehung der Rechtsregel spricht aber die Unwahrscheinlichkeit, daß zu einer früheren Zeit, in welcher die Familienbande und

---

[2] Aus diesem Grunde hauptsächlich entscheidet sich auch von Hahn, die materielle Übereinstimmung der römischen und germanischen Rechtsprincipien, Jena 1856, S. 323—331, für die Ansicht, daß die Veräußerungsbeschränkung des Grundeigenthümers durch „die Befürchtung der Entfremdung des ererbten Familienvermögens" herbeigeführt worden sei, in derselben Weise wie im römischen Recht dadurch die Behandlung des prodigus hervorgerufen wurde. Diese Zusammenreihung ist eine äußerliche; denn das germanische Rechtsinstitut stellt sich als ein Erzeugniß nationaler Besonderheit, die römische Vorschrift als eine rechtspolizeiliche Maßregel dar. Die gegen Sandhaas angeführten Gründe stehen auch der Ansicht von Hahns entgegen. Daß die deutsche Rechtsentwicklung nicht einen Verlauf nehmen konnte, wodurch jedem Erben, auch dem entferntesten, das Einspruchsrecht gewährt worden wäre, — was von Hahn für eine rechtliche Nothwendigkeit hält, — versteht sich von selbst, da das Gegentheil eine factische Unmöglichkeit gewesen und der Unveräußerlichkeit des Grundbesitzes gleich gekommen wäre. Endlich ist die Begründung zu weit, denn das Einspruchsrecht erstreckt sich nicht auf das „Familienvermögen;" und zu eng, denn es umfaßt auch die nicht ererbten Grundstücke.

der Familienschutz in voller Stärke waren, dennoch die Rechte der Familie am Grundeigenthum geringer gewesen wären, als in späterer Zeit, da jene sich gelockert hatten. Ist dagegen das Einspruchsrecht der Erben so alt, als das Staatsleben der Deutschen, war es schon mit der Ansiedlung selbst gegeben, so liegt in jener Ausdehnung nichts Auffallendes. Noch einen Einwand macht Sandhaas S. 203: „Dann aber scheint mir Gerbers Erklärung auch an einer Verwechselung des Zweckes mit dem Grunde der Berechtigung des Erben zu leiden. Den Zweck hat Gerber zwar nicht vollständig, aber doch nicht unrichtig angegeben. Aber die Frage nach dem Grunde, die offenbar mit jenem keineswegs identisch ist, bleibt ganz unbeantwortet; wir ersehen nur, was das deutsche Recht mit dem Beispruch des Erben, nicht aber warum es denselben wollte." Sandhaas fragt: was wollte das deutsche Recht mit seinem Institute; und Gerber antwortet: der Zweck desselben war die Erhaltung der politischen Berechtigung; sie war der Gedanke, das Motiv, das Princip dieser Rechtsbildung. Sandhaas hält diesen Gedanken nicht für unrichtig, denn er selbst will nur eine Ergänzung desselben geben. Wenn er nun Princip ist, wie kann man ohne Zirkel fragen, welchen Grund diese Berechtigung des Erben gehabt habe?[3] Wenn aber Sandhaas hierauf entgegnet: „das deutsche Recht wollte mit derselben nicht blos die Erhaltung der politischen Rechte, sondern auch der natürlichen Subsistenz," so liegt darin eine abweichende Beantwortung der ganzen Frage über den Grund des Instituts, nicht blos eine Erweiterung der Idee Gebers.

Walter, deutsche Rechtsgeschichte, 1853, §. 444—448, geht davon aus, daß bei dem Beginne des germanischen Staatslebens der Zustand aller germanischen Völker rücksichtlich des Einspruchs der Erben derselbe gewesen sei, „da Allen an dem Glanze und der Ehre des Geschlechts und daher auch an dem Wohlstand eines Jeden von ihnen gelegen war." Alles dieses sei tief im Gefühl des Volkes lebende Sitte gewesen und

[3] Sandhaas denkt sich wohl unter „Grund" die historischen Bedingungen des Instituts, unter „Zweck" seine rechtlichen Wirkungen, oder das seinem Bildungsmomente Vorausgehende und das ihm Nachfolgende.

erst durch neuere Verhältnisse eine freiere Bewegung zwischen den alten Familiensitten und dem neuen Freiheitsgefühl angeregt worden, das nach Verschiedenheit der Volksstämme zu verschiedenen Erscheinungen hingeführt habe. Allein diese Verschiedenheit ist denn doch nicht sehr groß. Nach Walter ist sowohl Verkauf als Schenkung und Vergabung von Grundstücken bei Franken und Burgundiern ohne Beiziehung der Erben gestattet. Dies muß aber auch bei den Westgothen, Alamannen, Thüringern und Bayern der Fall gewesen sein; denn wenn sie[4] nach §. 446. Freiheit zu Schenkungen haben, muß ihnen solche zu onerosen Geschäften noch viel mehr zustehen. Beruhte ja doch jede Beschränkung blos auf dem Gefühl und der Sitte. Wenn demnach die Sachsen allein das Recht des nächsten Erben kennen, sonst aber nur durch die Sitte der faktische Zustand im Allgemeinen als ein gleicher erscheint, so unterscheidet sich diese Ansicht von derjenigen nicht, die Sandhaas ausgesprochen hat. Wird aber der ganze Zustand auf „das Gefühl für Verwandtschaft" gegründet, so liegt hierin Beselers Motivirung. Die Art endlich, wie der spätere Rechtszustand an den der Sitte geknüpft wird, befriedigt nicht.[5]

---

[4] Die Bayern wenigstens nach der Praxis. Walter l. c. §. 446. N. 16.

[5] In §. 445 geschieht es mit den Worten: „Bei den Sachsen war der Verkauf regelmäßig ohne Zustimmung der Erben nicht gestattet. So war es noch im spätern Sachsenrecht, und muß auch anderwärts in Übung geblieben oder hergestellt worden sein, da in Verkaufsurkunden die Zustimmung erwähnt wird." Wie konnte aber ein Recht in Übung bleiben oder hergestellt werden, wenn es überall noch gar nicht bestanden hatte? — In §. 446 lautet, — nachdem vollkommene Freiheit zu Vergabungen bei den übrigen Völkern behauptet worden, — der Übergang: „hingegen bei den Sachsen wurden Vergabungen von Grundstücken ohne Zustimmung der Erben untersagt. Dieses Verbot blieb auch im spätern Sachsenrecht. — Auch anderwärts wandelte sich die Berathung mit den Erben in ein Einwilligungsrecht derselben um, unstreitig, weil bei Abnehmen der Frömmigkeit das Verwandtschaftsgefühl wieder in sein Recht eintrat (s. Beseler l. c.), und man auch — das Bedürfniß erkannte, für die Erhaltung des Geschlechts Sorge zu tragen. Dieses ging auch in die Rechtsbücher über, und wurde zur allgemeinen Rechtsansicht." (s. Sandhaas l. c.) — Über §. 446. N. 10 s. oben §. 11.

§. 19.
Siegel. — Gerber.

Vergeblich würde man die Begründung dieses Rechtsinstituts auf dem Gebiete des Privatrechts versuchen. Denn die scharfe Trennung des letztern von dem des öffentlichen Rechts ist viel später, als das Einspruchsrecht des nächsten Erben, das vielmehr, wie so manche germanische Rechtsbegriffe, Bestandtheile aus beiden Gebieten um so mehr enthält, als schon der Begriff des echten Eigenthums an sich nach deutschem Recht ein dominium, eine potestas, nicht blose proprietas bezeichnet und zugleich der Zusammenhang des Grundbesitzes mit der Familie das ganze Institut in das öffentliche Recht hinüberzieht. Der Rechtsatz selbst hat seine Quelle und Gestaltung in der Einheit der Familie als Grundlage des Staates gewonnen, die, wie sie auf einem Grundstücke gleichsam wurzelte, von einer Reihe politischer Rechte umgeben war. Siegel, das deutsche Erbrecht nach den Rechtsquellen des Mittelalters, 1853, §. 33, hat eine rein privatrechtliche Begründung versucht. Allein die Auffassung des Einspruchsrechtes als eines Erbverzichtes ist unhaltbar (cfr. unten §. 23) und die Begründung durch die Parömie: „der Erbe wird zum Gute geboren" nicht ausreichend. Zu etwas geboren sein ist ein allgemeiner Ausdruck, der auf jedes durch Geburt begründete Recht angewandt wird [1] und hier nichts anderes bedeuten kann, als daß es nicht gestattet sei, den Blutsverwandten das Erbrecht zu entziehen, sondern daß vielmehr die Sippe Grundlage jeder Beerbung bilde. Da nun das Sprichwort von weitem Umfang ist, kann man es auch auf das Einspruchsrecht der Erben anwenden, ohne daß damit aber eine Begründung desselben gegeben würde. Denn ein so allgemeines, auf die verschiedensten Rechtssätze sich beziehendes und die äußerlich hervortretenden gleichen Wirkungen derselben zusammenfassendes Wort kann nicht das Princip einer Rechtsent-

---

[1] Im Sächs. Landr. II, 59. §. 1 wird der Ausdruck vom Hofhörigen gebraucht, der zum Gute; II, 12. 13 vom Schöffenbaren, der zu den Bänken; im Sächs. Lehenr. 47. §. 2 vom Ritterbürtigen, der zu den Waffen geboren ist.

wicklung sein. Zugleich erzeugt sich wieder die Frage nach der Quelle jener Rechtsregel, daß der Erbe als zum Gute geboren gelte. Niemand ferner wird läugnen, daß in dem Einspruchsrechte des Erben ein Schutz seines eventuellen Successionsrechtes in das Landeigenthum lag; gerade um den Grund handelt es sich aber, warum dieses Erbrecht so sehr geschützt wurde. Durch die Ansicht endlich, daß der Rechtssatz seinen Ursprung in der politischen Bedeutung der Familie habe, wird weder das Einspruchsrecht des nächsten Erben noch das Erbrecht zu einem Institute des öffentlichen Rechts. Denn nirgends ist davon die Rede, daß die Unveräußerlichkeit des Grundeigenthums ein Staatsgrundgesetz sei.[2] Vielmehr steht dem Erben die privatrechtliche Befugniß zu, Veräußerungen von Grundbesitz gegen seinen Willen zu verhindern, ein Recht, auf das er verzichten kann. Der Staat hat kein Interesse, ob der Einzelne sich seine politische Berechtigung wahre oder nicht, er legt selbst dann nichts in den Weg, wenn Jemand sich zum Leibeigenen eines Andern machen und somit seine Freiheit und rechtliche Persönlichkeit ganz aufgeben will. Er spricht nur aus, daß, wer kein Grundeigenthum besitze, politisch nicht berechtigt sei, und daß Niemand die freie Befugniß habe, das gleiche Loos der Familie zu bereiten.

Die Ansicht Gerbers, wie er sie in seinen meditationes ad locum speculi juris Saxonici I. 52. Erlangae, 1847, in seinem System des deutschen Privatrechts, §. 81, und in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, I. Band, 1856, S. 62 f.,[3] ausgesprochen

---

[2] Wie Siegel wiederholt S. 89 und N. 105 behauptet. conf. dagegen oben §. 5, N. 1.

[3] „Wie man nun auch immerhin über das Alter und den Umfang dieses sog. Stamm- oder Erbgutsprincips denken möge, darin wird man allgemein übereinstimmen können, daß im ältern deutschen Rechte die Idee einer Gesammtberechtigung der Familie am Grundeigenthum vorhanden war. Es ist der Gedanke, daß eine Familie, um als solche mit voller öffentlicher Berechtigung in der Volksgenossenschaft zu gelten, nothwendig eine gemeinsame heimathliche Stätte, einen Stammsitz haben müsse; denn Antheil am Grund und Boden, Landaktie, ist die Bedingung politischen Rechts. Die Art, wie nun das deutsche

hat, wurde als die allein zureichende durch die Einleitung über die politische Bedeutung des Grundeigenthums als Grundlage des Stammgutssystems des Weitern zu erhärten versucht. So gelangt man zu jenem Ausgangspunkte wieder zurück, den Leo in den rectitudines S. 145 mit den Worten bezeichnet: „Jemanden Brod gewähren und sein Herr sein ist fast identisch. Landeigner und Herr, Landloser und abhängiger Mann sind Begriffe, die sich decken." Wenn daher auch in den germanischen Gesetzen nirgends der Grund des Rechtssatzes ausgesprochen ist, weil diese überhaupt nur die äußerlich hervorspringenden Wirkungen der Rechtsprincipien und ihrer Verletzung ins Auge fassen, so darf dies um so weniger bei einem Rechtsinstitut Wunder nehmen, das Jedem klar und bekannt sein mußte, da es mit Nothwendigkeit aus den socialen Verhältnissen sich ergab. Den Grund des Rechtssatzes bildet das Bestreben, schon bestehende aus dem Besitze des Grundeigenthums entspringende öffentliche Rechte der Familienglieder zu wahren. Diese Rechte, nämlich der Anspruch auf gerichtlichen Schutz, auf Vertretung vor der Volksgemeinde, auf Erhaltung politisch wirksamer Freiheit, hingen vom Grundeigenthum ab, das in die Gewalt der Mitglieder einer Familie gegeben war. Wenn demnach auch das einzelne Glied, das eben den Widerspruch erhob, des zu veräußernden Grundstücks nicht bedurft hätte, um sich selbst die Grundlage seiner Freiheit zu erhalten; so sollte doch die Stärke der politischen Berechtigung der Familie stets gesichert und die

Recht diesen Gedanken ausführt, ist eigenthümlich; während das slavische Recht ein wirkliches Gemeineigenthum der Familie in allen ihren Gliedern, also ein Nebeneinander der Familienrechte festsetzt, unterscheidet das deutsche Recht nach dem Charakter seines Individualitätsprincips zwischen dem gegenwärtigen wirklichen Eigenthümer und dem nur zuwartenden Erben. Auch für diese ist das Gut die gemeinsame Stätte, der sie sich zuschreiben, aber ihr Recht wirkt zunächst nicht in der Form des Miteigenthums, sondern in der der eventuellen Befugniß. Allein auch ohne die genießenden Eigenthümer zu sein, haben sie schon unmittelbar gegenwärtige Vortheile; sie dürfen sich als die Glieder einer auf Grundeigenthum wohl fundirten Familienverbindung fühlen, und dieser Vortheil soll nicht durch die Willkür des jetzt besitzenden Eigenthümers können verloren werden."

Möglichkeit beliebiger Schwächung derselben der Willkür des Einzelnen entzogen bleiben. In die Hand des nächsten Erben war die Pflicht und das Recht gelegt, dem Eigenthümer des Grundstücks gegenüber die Rechte der Familie zu wahren, damit sie ihrer nicht willkürlich beraubt werde.

B. Mittlere Zeit.

§. 20.

I. Die Urkunden als Übergang zur mittleren Periode.

Die Urkunden, welche allein den Übergang von der Zeit der Volksrechte zu derjenigen der Rechtsbücher vermitteln, tragen meist einen unjuristischen Charakter an sich. Sie enthalten in der früheren Zeit Beschreibungen einer vorgenommenen Gerichtshandlung, die das Andenken an dieselbe bewahren und zur leichteren Beweiserbringung dienen sollen. Doch läßt sich nicht läugnen, daß einzelne Rechte, wie das alamannische, ein besonderes Gewicht auf ihre Abfassung legen; — wohl auch der Grund der größeren Vollkommenheit der alamannischen Urkunden. Im Allgemeinen vermißt man nur in wenigen die Erwähnung der Erben, obgleich sich bald eine allgemeine Formel ausbildete, wodurch man alle diejenigen, die etwa nach Vollziehung der Auflassung noch Rechte am Grundstück geltend machen wollten, ausschloß. [1] Auch darf man nicht übersehen, daß die meisten Urkunden sich auf Rechtsgeschäfte mit der Kirche beziehen, die, wie gezeigt, gegen die Ansprüche der Erben mannigfach geschützt war, wobei also deren Erwähnung von um so größerem Gewicht ist. Die meiste Rücksicht auf die Erben nehmen die bayerischen und alamannischen Urkunden; das sächsische Recht läßt gar keinen Zweifel und im fränkischen findet sich wenigstens in der gewöhnlichen Formel meist auch die Erwähnung der Erben. Die steigende juristische Bildung und die Stärkung der germanischen Rechtsgrundsätze auch gegenüber der Kirche zeigt sich aber in den Urkunden gegen das XI. und XII. Jahrhundert immer mehr und als im XIII. Jahrhundert die Rechtsgrundsätze gesammelt wurden, fand auch das Einspruchsrecht des nächsten Erben seine Aufnahme.

---

[1] conf. §. 10. i. f.

VIII. Jahrhundert.

Als Beispiele dienen folgende Urkunden:

Dipl. a. 716 (Neug. cod. dipl. S. 9). In Christi nomine. Ego E. et filii mei Teotharius et Rotharius vernacula terra (= alodis cfr. Du Cange, gloss. s. h. v.) juris mei in loco, qui dicitur O., tradimus S. Galloni XX juchos, — ut dum adhuc vivimus, ego et filii mei, in nostra maneat potestate, et in anno reddamus carram de vino etc. Facta haec charta in loco, qui dicitur A., XVII. Cal. Febr. sub regno domini nostri Elperici regis. Sign. Tectarii et Rotharii, qui hanc chartam fieri rogaverunt, Siguini, testis etc. — Dipl. a. 731 (eod. S. 10.) Charta, qua Peto cum mancipia sua, tum caetera bona in loco D. ad S. Gallonis tradit. Actum in Signe (l. signo termino), quod dicitur G. villa publice. Sign. Petonis, qui hanc donationem fieri praecepit. Sign. Airici, comitis, germani ejus. Sign. Berterici, comitis, germani ejus. Sign. Peponis testis, germani ejus. Sign. Lantfreti testis etc. — Dipl. a. 745 (eod. S. 13). Hier findet sich zuerst die allgemeine Formel: Si quis vero, quod fieri non credo, ego ipse aut ullus heredum aut postheredum meorum aut quislibet ulla opposita persona, qui contra hanc donationem vel traditionem meam temptare praesumserit, aut ullam calumniam generare voluerit, partibus fische (l. fisci) multa componat, i. e. auri libras V etc. et ad ipsa ecclesiam duplam repetitionem restituat, et quod repetit, pro nullisque ingeniis evindicare non valeat, sed haec praesens carta firma et stabilis et incontaminata debeat perdurare. In dieser Urkunde übrigens und ebenso in einer andern von demselben Jahre (No. 11) werden wieder die nächsten Verwandten als Zeugen aufgeführt: et pii sunt testes, qui in praesenti fuerunt et firmaverunt, Sign. L., qui hanc cartulam fieri rogavit, Sign. H., patruus ejus, Sign. A. etc.

Wenn es in Urkunden heißt, daß außer den Zeugen auch das übrige, im Gericht anwesende Volk consentirte, so spricht dies offenbar nicht gegen ein den Erben zustehendes Recht.

Denn waren diese nicht als Zeugen aufgeführt, so reichte schon ihre blose Anwesenheit im Gerichte zum Verzicht auf ihre Ansprüche hin und der allgemein lautenden Ausschließungsformel entspricht die allgemein lautende Zustimmungserwähnung. Auch kommen solche allgemeine Ausdrücke selbst zu der Zeit noch vor, für welche das Einspruchsrecht des nächsten Erben nicht zu bestreiten ist.[2] Aufschluß hierüber gewährt ferner eine Urkunde vom J. 802 (bei Neug. l. c. S. 125), in welcher unter den Zeugen zwei mit dem ausdrücklichen Beisatze des Consenses erwähnt werden,[3] die übrigen Zeugenunterschriften aber diesen Zusatz nicht haben.

Dagegen enthalten andere bayerische Urkunden aus dem VIII. Jahrhunderte neben der allgemeinen Formel die Zustimmung der Verwandten, z. B.

Dipl. a. 755 (Meichelb. I, 1, 53): Ego E. rem propriam, quam gener meus C. mihi in hereditatem reliquit, — dono — per consensum fratrum meorum — et hereditas sit sanctorum in perpetuum, ut si quis de heredibus meis vel qualibet opposita persona contra hanc donationem venire temptaverit, imprimis iram Dei etc. — Dipl. a. 758 (eod. I, 1, 59): Dedicata autem ecclesia, advocata conjuge et filio meo A. simul cum aliis parentibus meis cum eorum consilio et consensu et eorum manibus impositis, quidquid propriae hereditatis habere videbar, firmiter tradidi.

Dipl. zwischen 754—784 (eod. I, 2, 19 unter Bischof Aribo): Ego P. rem propriam tradedi filiis meis praesentibus atque per consensum fratrum meorum; und (eod. No. 29): Ego K. tradedi per consensum filii mei A. — peracta traditione pariter manu commune cum filio meo iterando firmavi super ipsum altarem. Sed ad superioris reddeamus

---

[2] Dipl. a. 753 (Meichelb. hist. Frising. I, 1, 52): Coram testibus seu ceteris adstantibus atque haec consentientibus. — Aber desgleichen (No. 1182. I, 2) circa a. 1025: Cum consensu omnium, qui aderant; — (eod. No. 1255) a. 1096: vidente ac id collaudante probabilium personarum non parva multitudine.

[3] Es heißt daselbst, nachdem die gewöhnliche Formel vorausgegangen: Sign. David consentiente. Sign. Trudmund consentiente.

ordinem, ut si quis de heredibus meis — vel quislibet contraire voluerit etc.

Dipl. a. 759 (Neug. l. c. No. 24): In dominationem ipsius monasterii trado — in eam rationem, ut per precariam — recipiam. — Similiter filius meus Hacco. — Sign. Hettino, qui hanc cartulam fieri rogavit. Sign. Hacconis teste etc.

Dipl. a. 765 (Meichelb. l. c. I, 2. No. 13): Ego P. vir nobilis congregavi multitudinem parentum meorum, nobilium virorum, per quandam dubitationem filiorum meorum consiliavi cum illis, sicut ipsi consilium eorum mihi per fidem dederunt, ut hereditatem meam domui S. M. tradidissem. Interea contigit, ut condictum est publicum synodum, seu alium placitum ad F. fieri, et ego P. veniens veniebam cum parentibus et fidelibus meis — et — coram omni clero seu parentibus meis confirmantibus firmiter et indubitanter tradidi. Hier, wie in der oben aus Meichelb. cit. Urkunde v. J. 758 war nach bayerischem Rechte bei Vergabungen an die Kirche eine Abfindung der Söhne nöthig.

Dipl. circa a. 764 (eod. I, 2. 30): Ego A. rem propriam, quae in alode mihi patrimonio evenerat, trado per consensum filii mei K., et fratribus illius, atque transfundo, stibulatione subacta, ut si quis — temptaverit etc. — (eod. No. 31): Ego H. cum consensu conjugis meae, nomine O., et filiorum meorum, nomine S. et H., propriam hereditatem firmiter tradidi. Hanc traditionem communis manibus peregimus ego H. et filius meus S., adstantibus conjuge et filiae meae O. et H.

Dipl. a. 770 (eod. I, 1. 68 u. 69): Ego O. presbyter — universam substantiam, quam genitor mihi reliquit, ipso praesente atque consentiente atque genetrice tradedi atque transfundavi —, ut si quis parentorum, nempe cognatorum meorum, vel opposita persona contra hanc donationem inire temptaverit etc.

Dipl. c. a. 775 (eod. I, 2. 50): Ego S. ad ultimum deductus per consensu genitoris mei T. proprium alodem per manus A. episcopi ad — ecclesiam — tradedi —.

Hujus post obitum — solemnia in more celebratione ipse praenotatus genitor confirmavit — caeteris consentientibus sobolis nec non et parentorum turma adstante —.

Dipl. a. 796 (Lacomblet, Urkundenbuch I. No. 6): Ego H. tradidi pro remedio animae meae particulam hereditatis et proprii laboris mei (d. h. eine Rottung, die er selbst erst vorgenommen). — Si quis vero — Ego ipse — aut aliquis de heredibus vel proheredibus meis seu quaelibet extranea persona contra hanc traditionem venire tentaverit, — auri libras duas, argenti pondus X coactus solvat, et sic quidem quod repetit evindicare non valeat. [4]

IX. Jahrhundert.

Dipl. a. 800 (Meichelb. I, 2. 206). Ein Rechtsgeschäft zwischen Vater und Sohn: Tradidit curtem H. filio — et statuit, ut ipse H. potestatem de hoc curte habuisset habendi, possidendi vel tradendi ubicunque voluisset.

Dipl. a. 803 (eod. I, 2. No. 117): Die Urkunde behandelt einen Erbschaftsstreit, der nach bayerischem Recht entschieden ist. In mallo publico — advocatus A. episcopi interpellabat quendam hominem, nomine R., filium Scattonis, eo quod injuste usurparet sibi res sanctae ecclesiae, — quas Kejo patruus praedicti R. ibidem pro redemtione animae suae coram testibus tradidit, et ipse R. praesens adstabat, et ipsas in hereditatem propriam retinere temptabat. Tunc praesentes inventi sunt testes, qui testimonium inde proferebant dicentes: „scimus quia tres germani fuerunt et uno defuncto duo superstites fuerunt fratres, et dividere debuerunt aequaliter inter se ipsam hereditatem defuncti fratris Scatto et Proapo. Sed antequam divisio haec facta est — et mortuus est P., relinquens portionem suam filio suo Kejoni, et ipse K. bene valens portionem, quod ei accidere debuit contra patruum suum, tradidit Deo. —

[4] Dieselbe Formel kommt bei Tauschverträgen v. J. 799 (No. 12 und 13) vor: adposita vel opposita persona, wie sich denn die Urkunden des Niederrheins durch juristische Bestimmtheit nicht auszeichnen.



Sed nolente K. renuit omnia haec S. et reliquit filio meo R.;" tunc ipsi missi cum O. judice et caeteris veracibus hominibus tractaverunt, pro qua causa R. possidere debuisset portionem nepotis sui K. hereditas, quod ipse pro anima sua Deo tradidit —. Tunc convictus cum lege et justitia R. de presente reddidit advocato ipsius episcopi E. loca A. K. et in G. etc. Ohne das Privileg der Kirche hätte R. das Einspruchsrecht gehabt. Dies enthält die Entscheidung eines Dipl. a. 837 (eod. No. 601), wo Zustimmung des proximus heres, i. e. des Sohnes bei einer Vergabung an die Kirche vorlag: convenerunt multi nobiles viri in E. — justa judicia decernenda —. Ibi — advocatus — episcopi — interpellabat nobiles viri J. et E. pro eorum hereditatem, quod habuerunt ad O. et P., dicens, quod avus eorum J. et pater eorum R. — tradidissent —. Illi vero fortiter resistebant —. Sed — E. episcopus et advocatus ejus plenum testimonium testium habuerunt. Proinde inito consilio supradicti viri credebant semetipsis se ad placandum et consiliandum cum episcopo.

Wenn der Erblasser keine Söhne hatte, bedurfte es eines weitern Consenses bei Vergabungen an die Kirche nicht: Meichelb. l. c. No. 488. No. 306 u. No. 395, wo nur der Rathserholung bei den übrigen Verwandten gedacht wird. Dagegen ist sehr gewöhnlich, daß der Sohn mit den Eltern die Vergabung zur gesammten Hand vornimmt.

Dipl. a. 855 (Meichelb. I, 2, Nro. 705): Inito consilio cum cognatis et amicis, quandam traditionem feci — propria manu cum filio meo.

Nicht selten ist, daß das Grundstück dem Kloster tradirt und darauf im öffentlichen Gerichte diese Handlung confirmirt wurde.

Dipl. a. 803 (Neug. l. c. S. 126): Actum in ipso monasterio publice praesentibus, quorum hic nomina continentur. Postea fero in publico placito sub frequentia populi levata atque iterum firmata haec eadem charta, astipulantibus his, quorum hic signacula subnectuntur. Sollte das Geschäft angegriffen werden, so wird auf die L. Alam.

verwiesen; conf. Urk. von 837 (eod. S. 226). Auch finden sich nicht wenige Urkunden, in welchen der nächste Erbe coadunata manu die Uebertragung mitvollzieht; z. B. Urk. a. 862 (eod. S. 332): Ego C. et filia mea Hungunda, cum manu advocati nostri P. cum manu filiae Hungundae K. tradimus. Auch unter den Zeugen kommt dieser Name wieder vor. — Interessant durch ihre Zeugenunterschriften ist eine Precarei vom J. 886 (eod. S. 464): Christi favente clementia Irmingdrud et Peredrud — filiae Vodebrici comitis et Perehheidae, una cum consensu amicorum nostrorum et advocati nostri Y. — Cum placuit nobis, ut res, quas nobis E. tradidit, ei iterum per hanc precariam represtaremus etc. Hierbei sind unterzeichnet: Sign. J. et sororis ejus P. Sign. Y. advocati. Sign. V. comitis patris earum. Sign. P. matris earum. Sign. K. fratris. Sign. O. etc.

Uebrigens trifft man am Ende des IX. Jahrhunderts meist nur die gewöhnliche Ausschließungsformel: Si quis hanc traditionem, hoc concambium etc. irritare voluerit — persolvat; s. Neug. l. c. Urk. 545, 546, 547, und Lacomblet l. c. Nro. 36 v. J. 818: Si quis vero — nos ipsi aut aliquis de heredibus nostris, qui contra hanc donam venire conaverit aut eam infrangere temptaverit, inferat etc. — Tauschurkunde v. J. 834 (eod. Nro. 48): et si aliquis de heredibus nostris hanc concambiam infrangere voluerit, inde ante conspectum Dei in die judicii reddat rationem, vel in hoc saeculo componat C. libros de auro cocto vel CC. de argento. Nach und nach hörten übrigens auch diese allgemeinen Formeln in ihrer Regelmäßigkeit auf, finden sich jedoch abwechselnd wieder; s. z. B. l. c. Nro. 61 und 64 ab a. 845. Die gewöhnliche Formel wird auch bei einer Freilassung gebraucht; s. Urk. v. J. 882, Nro. 73; und in einer andern Urkunde ab a. 821 (bei Meichelb. I, 2, Nro. 417) wird der Berathung mit den Erben bei einer Verehelichung mit einer Hörigen und der Vertauschung derselben cum consilio fratris erwähnt.

X. Jahrhundert.

Es findet sich Uebergabe coadunata manu;[5] gewöhnlich wird aber nur eine allgemeine Ausschließungsformel gebraucht. Die Schenkungen von weltlichen Privaten hören allmählig auf;[6] ja es wird sogar in der allgemeinen Formel, besonders bei Traditionen von Geistlichen, die Erwähnung der Erben weggelassen, da sie, wie gezeigt, bei Geschäften mit der Kirche durchaus nicht nothwendig war. Conf.

Schenkung eines Bischofs v. J. 931 (Lacomblet l. c. Nro. 91): Si quis autem ea infringere voluerit, divina mox ultio etc. — Nro. 93, 94 und 95 v. J. 941, Schenkung König Otto's I, in welchen drei Urkunden selbst die allgemeine Formel fehlt. — Daß sie sich dennoch wieder findet,[7] hat seinen Grund in der oftmaligen Anfechtung solcher Geschäfte.[8] Uebrigens erfolgen nur mehr Schenkungen von Kaisern, Erzbischöfen, Aebten, Aebtissinen, deren persönliches Ansehen natürlich nicht wenig zur Aufrechthaltung des Geschäftes beitrug.

Die Nothwendigkeit der Mitwirkung der Erben tritt besonders stark in folgendem Diplom Kaiser Otto's III. v. J. 997 hervor (s. Haltaus, glossar. S. 366): Filia, nomine Adela, quandam hereditatis jam traditae partem exposcens, dicens, quod pater ejus secundum Sax. legem absque ejus consensu et licentia nullam potuisset

[5] z. B. Urk. ab a. 957 (Neug. l. c. S. 600): Notum sit omnibus, quod nos H. et E. et coheredes nostri tradimus — quo videlicet pacto, ut nos et legitimi heredes nostri res memoratas sub I. denarii tributo possideamus. Actum in loco C. mallo publico, praesentibus his etc.

[6] s. Urk. v. J. 907 bei Lacomblet l. c. No. 84.

[7] s. Schenkungsurkunde vom J. 958, ausgestellt von zwei Brüdern Walfrid und Humfrid, und eine andere des Erzbischofs Bruno I. vom J. 962 (l. c. No. 105), sowie eine weitere des Erzbischofs Gero vom J. 970 (l. c. No. 111).

[8] Si quis vero haec — immutare voluerit, fiant novissima ejus pejora prioribus et tamen animus sapientum haec firma durare contendat, et insanae mentis hominem permutare non sinat. s. die eben cit. Urk.

facere traditionem, totam patris sui donationem produxit in errorem.

Auch findet sich eine bezeichnende Urkunde vom J. 996 bei Hontheim, hist. Trev. I, Nro. 211. Hier macht eine kinderlose Wittwe, auf Bitten ihres geistlichen Bruders unter Beiziehung ihres Vormundes, also des nächsten Schwertmagen, eine Schenkung. Meist findet sich übrigens die Formel: si quis propinquorum etc. Z. B. Nro. 210.

XI. Jahrhundert.

In den Urkunden dieses Jahrhunderts trifft man mit völliger Bestimmtheit die Erwähnung des Consenses der Erben. Zwar dauern auch die allgemeinen Formeln fort, ja sie werden sogar auf Laien und Cleriker ausgedehnt; — besonders ist dies in den Urkunden des Niederrheins der Fall, wo die Macht der Kirche von Anfang an gesteigerter war und gewiß der Städte wegen das römische Recht dem deutschen längeren Widerstand leistete;[9] — hieraus folgt aber nicht, daß die Erben keine Berechtigung hatten, wie dies eine Urkunde vom Jahr 1045 (cfr. Lacomblet l. c. Nro. 180) deutlich beweist: Ego Th. cum consensu et permissu dilectae conjugis meae ceterorumque heredum meorum pro CL marcis ad monasterium

---

[9] s. zwei Schenkungsurkunden von Erzbischöfen a. 1003 (Lacomblet l. c. No. 136 und 137); — eines Grafen von demselben Jahre (No. 138); — Urkunde über eine Hingabe in die Hörigkeit v. J. 1020; — Schenkungsurkunde zwischen dem J. 1014 bis 1021 (No. 159): Si quis vero heredum vel proheredum meorum vel quaelibet extranea aut opposita persona hanc traditionem infringere vel mutare studuerit, iram Dei etc. incurrat. — Urk. zwischen dem J. 1079 u. 1089 über eine Schenkung zweier Brüder (No. 243): Si quis autem tyrannus haec nostra statuta violare cupierit, iram Dei incurrat. — Urk. a. 1057 von Erzbischof Anno II über eine Schenkung ausgestellt (Lacomblet l. c. I. S. 124): Quae omnia facta sunt, ut si quis vel Rex vel Episcopus sive ipse ego vel aliquis successorum meorum de hiis omnibus ei aliquid minuere vel aliquo modo mutare, nisi ipsa (die Schenkerin) petente temptaverit, odium Dei etc. — cfr. eod. No. 136. 137. 138. 141. 148: Si quis vero clericus vel laicus etc.

contradidi. Si quis autem hanc traditionis chartam infringere voluerit, nisi resipiscat, iram etc. incurrat. Acta sunt haec in T., nullo renitente vel contradicente. Nicht weniger beweisend ist folgende Urkunde vom J. 1045 (eod. Nro. 181): Ego Adela pro remedio animae meae et viri mei et filii, post obitum illorum, de praediis meis, exceptis his, quae heredibus meis, ne voluntati meae contraierint, constitui, traditionem feci. Sed ne de his oriatur error posteris, quae dedi, haec sunt nominatim etc. — Facta sunt autem haec anno — 1045, adnitente — archiepiscopo H., — comite H. — placitum habente, et ibidem de praediis meis nullo parentum meorum reclamante, sub assignatorum testium astipulatione.

Auf gleiche Weise zeigt sich die schärfere Hervorhebung des juristisch Erheblichen in den bayerischen Urkunden; s.

Urk. vom J. 1040 (Meichelb. l. c. I, 2, Nro. 1213): Traditione autem ista peracta et testibus per aures tractis, illi tres fratres, ejusdem feminae filii, legitimam abdicationem illius praedii fecerunt.

Urk. zwischen dem J. 1052 und 1078 (eod. Nro. 1240): Traditio praedii M., quod Piligrimus comes — delegavit —. Quae etiam traditio peracta est — praesentibus et hoc conlaudantibus scilicet Cuonone fratre Piligrini et ejus filio C., qui etiam eandem traditionem sub hac faciebant et confirmabant conditione etc.

Eben so bestimmt lautet eine Urkunde über eine Precarei v. J. 1052 (s. Hontheim l. c. I, Nro. 250): Cum adstipulatione justa, et adstipulatione et consensu filiorum suorum. Nicht weniger bezeichnend ist eine andere vom J. 1047 (eod. Nro. 243), wonach ein nobilis Everberus, weil er keine andern Söhne hat, auf Bitten seines geistlichen Sohnes dem Kloster zu St. M. seine Besitzungen schenkt, dabei aber noch die Formel gebraucht: Si quis autem propinquorum meorum aut alius quisque dilexerit malitiam etc.; — und eine Urk. v. J. 1030 (eod. Nro. 236), welche neben der ge-

wöhnlichen Formel erwähnt, daß nunmehr das Recht der Erben erloschen sein solle.[10]

Auch durch das Institut der Salmannen wurde häufig der ausdrückliche Consens in der Urkunde überflüssig; s.

Urk. c. a. 1000 (Meichelb. l. c. I, 1, 201): Ego R. presbyter — tradidi — per manum advocati nec non germani mei — praesentibus etiam quam plurimis consulentibusque consanguineis meis, quidquid proprietatis jure legitimo habui et possedi in villa Z.

Selbst im Hofrechte macht sich die Zustimmung der Erben jetzt geltend. Cfr. Burchardi, Wormat. statuta c. a. 1024 (s. §. 31).

Urk. v. J. 1085 (Monum. boica VI, 44): Nobilis matrona H. vocata servitori presidis P. de E. Pero nomine matrimonio copulata cum ipsius mariti sui atque filiorum, quos de illo genuit, consensu — pro XX talentis proprium suum praedium in vico T. situm — delegavit.

Über das sächsische Recht läßt sich eine Reihe bestimmt sprechender Urkunden anführen.

Urk. a. 1022 (Leibnitz, scriptores rer. brunsvic. I, 551): Quidam vero propinquorum Dodiconis comitis, Bern. nomine, traditionem, quam idem comes et frater ejus, comes Sigebodo, in bonis hereditariis ad Patherbrunnensem ecclesiam hortatu et rogatu venerabilis Meinversi ipsius ecclesiae episcopi fecerant, infirmare judicio saeculari attentavit; et multis conciliis habitis, omni querela posita, plenaria reconciliatione placatus, cessavit, et LXXXIII libras ab episcopo accepit etc.

Weingart. Monachi chron. de Guelfis cap. 7, a. 1055 (Leibnitz l. c. I, 784): Hic denique Gwelf sub juvenili aetate morbo correptus est, vidensque sibi imminere mortem, omne patrocinium suum cum ministerialibus, quia

---

[10] Volentes, ut nullus nepotum seu heredum nostrorum jus possit usurpare aut de cetero valeat vindicare.

haeredem ex se non habuit, ad coenobium Altorfense donavit. — Mox impleta sepultura, quibus injunctum fuerat, donationem perficere volentes, prohibiti sunt. Mater enim — veniens penitus donationem interdixit et se certum et verum esse heredem proclamavit.

Dipl. a. 1049 (Möser, Osnabr. Gesch. II. Thl., Urk. Nro. 21): Tradidit — idem libertus cum consensu atque firmissima collaudatione justi heredis sui, fratris scilicet sui filii, H. vocati, talem proprietatis suae curtim. — (Eod. Nro. 22): Quidam libertus, W. vocatus, cum laude et consensu heredis sui, H. nominati, praedium suum — tradidit.

Urk. a. 1070 (eod. Nro. 25): Quod quidam F. — episcopo Benoni II., collaudatione legitimi heredis sui, curtim — cum consensu uxoris suae B. — in proprium tradidit. — (Eod. Nro. 26): Idem V. — delegavit ecclesiae — cum consensu A., legitimae heredis, simul etiam cum consensu Adalgeri, ejusdem A., et heredis etc.

Urk. a. 1074 über eine Schenkung (eod. Nro. 28): W. et H., quia ambo filiis orbati fuerant, excepta unica filia nomine Emma, — ipsa vero praesente et consentiente atque conlaudante etc.

Urk. a. 1085 (eod. Nro. 33): Domina G. nobilis femina cum consensu et collaudatione justae heredis suae O., scilicet filiae fratris suae G. etc.

Dipl. a. 1086 (eod. Nro. 35); Nobilis F. cum consensu uxoris suae A., et ipsa A. cum consensu filii sui Albrici — tradiderit curtim etc.

Dipl. a. 1087 (eod. Nro. 36): — H., F. abbatisse et H. soror quaedam loca — quae jure hereditatis in partem proprietatis a praedictis sororibus acceperat, earum et mundiburdi et heredum suorum, i. e. filiorum H. et F., praesentia et collaudatione — tradidit. — (Eod. Nro. 37): Quaedam nobilis vidua A., manu unici filii sui et justi heredis Th. collaudatione, tradidit. — (Nro. 38): Azela nobilis femina legav(er)it collaudatione filii sui et justi heredis D. absque omni contradictione curtim.

Traditio a. 1090 (eod. Nro. 39): E. — praesente et collaudante L. fratre et herede suo in placito W. — habito quandam precariam cum praedicta ecclesia fecit, — et ob memoriam animae suae loca inferius notata — in proprietatem — cum consensu et laude praedicti fratris sui contradidit.

Dipl. a. 1091 (eod. Nro. 40): E. — consensu et collaudatione fratrum suorum justorum heredum, L. videlicet et W., praedia sua tradidit. — (Eod. Nro. 41): Idem E. supradictam curtim — tradidit. Sed cum haec res minus firmitatis habere videretur, eo quod justus heres, frater videlicet ejus F., utpote vulnerum infirmitate detentus, praesens non esset, sed nuntius ejus; iterum constituta die in loco R., idem E. praesente et consentiente et collaudante fratre ejus F., justo herede, supradictam curtim tradidit.

Schenkung vom Jahr 1096 (Nro. 44): S. multorum annorum vidua quandam curiam N. — consensu et collaudatione legitimorum heredem suorum, i. e. E. filii sui, et F. filiae suae, per manum mundiburdi sui i. e. ejusdem E., qui heres et mundiburdus ejus erat, mihi W. episcopo contradidit. — (Eod. Nro. 45): D. Sanctimonialis, consensu et collaudatione legiptime heredis sue L. per manum A. advocati sui curiam contradidit.

Dipl. a. 1097 (eod. Nro. 46): H. nobilis femina — curtim — firmiter absque omni contradictione tradidit collaudatione et consensu justae heredis F. scilicet sanctimonialis feminae.

XII. Jahrhundert.

Den deutlichsten Beweis, daß das fränkische Recht vom sächsischen in der Frage über die Berechtigung des nächsten Erben nicht abgewichen, liefern Urkunden wie folgende:

Dipl. zwischen dem J. 1138 und 1151 (Lacomblet l. c. I, S. 254): Eine Gräfin will eine Vergabung durch die Hand ihrer Ministerialen machen. Sed quia praesentes non fuerunt

ipsius (der Schenkerin) heredes, ministeriales distulerunt donationem facere. Postea veniens dominus L. cum uxore sua filia praedictae C. (der Gräfin) obtulit ad altare etc.

Dipl. a. 1159 (eod. Nro. 399): Richter und Senat bezeugen den Ankauf eines Alods. Facta est autem haec emtio legitime pleno consensu heredum et perfecta condicti pretii persolutione. Exfestucatio etiam ejusdem allodii ab universis heredibus in praesentia eorum (i. e. judicum coloniensium) facta est. Ut vero haec omnia inconvulsa et illibata permaneant, placuit ea praesente scripto annotari et communi sigillo urbis signare.

Urkunde eines Verwalters über seine Verwaltung v. J. 1168 (eod. Nro. 430): Ego E. praepositus constitutus — viam quandam — a quodam E. ejusque heredibus duabus marcis comparavi —. Mansionem cujusdam A. de capella et ab ejus heredibus V. marcis redemi. — mansionem ab L. castellano de H. ejusque heredibus IX marcis redemi. — Beneficium etiam quoddam a quodam L. ejusque heredibus IX marcis redemi. — item duas partes vinearum a duobus hominibus R., scil. nauta ejusque heredibus, et A. R. de L., suisque heredibus, pro IV marcis comparavi. Atque ita omnia ecclesiae bona in unum coacervare curavi. Quaecunque autem vel per concambium mutuavi vel per pecuniam comparavi, legitimorum testium astipulatione et heredum omnium manumissione, nec non et legum civilium bannique forensis confirmatione studui semper roborare.

Dipl. a. 1158 über einen Proceß, der noch zu Lebzeiten des Schenkers von seinen nächsten Verwandten erhoben wurde (eod. S. 237): In nomine sanctae et individuae trinitatis. Ego Gerardus praepositus et archidiaconus notum facio, — qualiter inter Bertramnum et cognatos ejus orta de hereditate sua contentio — nostro multorumque sapientum sit decisa consilio. Albero quidam habebat possessionem ad ecclesiam nostram sub certo censu pertinentem, quam Bertramno — absque omni contradictione

concessit. Eo autem adhuc superstite Elegerus, qui se proximum heredem post obitum ejus futurum existimabat, praedictum B. tamquam hereditatis suae invasorem impetiit. Er wird abgewiesen.

Gleicherweise enthält einen Rechtsstreit die Urkunde des Erzbischofs Arnold II. v. J. 1153 (eod. S. 260): Quidam Ruthgerus, qui uxorem habuit A., sororem Elrici et Thidrici — allodium, quod uxoris suae dotem cum uxore diu possederat, ecclesiae accepta pecunia legitime tradidit possidendum, praesente, volente et manu propria contradente uxore sua A. et fratribus ejusdem E. et Th., praesentibus, volentibus et manu propria simul tradentibus. Verum postea adversum superadictam donationem quidam supranominati Ruthgeri et A. filius, Ruthgerus nomine, (cum duabus sororibus) coram archiepiscopo factam patris et matris suorum in causam revocavit — vel assensum praebuisse modis omnibus negabat. Es erfolgt der Vergleich: Ut de bonis — ecclesiae V marcae supranominatis darentur heredibus sub hac conditione, ut allodium illud — universis adstantibus exfestucarent. Quod et factum est. Insuper et unicuique heredum supradictorum datus est denarius in manus et osculum in ore in signum pacis. Datus est unus Ruthgero. unus fratri suo Elrico. sororibusque Adelwic unus. Godestu unus ... clericus praesens non erat. pro eo dati sunt obsides, quod idem placitum cum veniret laudaret et inconvulsum teneret.

Zwar finden sich auch Urkunden mit der alten unbestimmten Formel; [11] allein es läßt sich hiergegen ein ganz bestimmt sprechendes Diplom noch vom Ende des vorigen Jahrhunderts

[11] s. Urk. vom Jahr 1168: Si quis igitur heres vel proheres aut extraneus hanc traditionem libere factam alienare vel commutare vel aliquo modo labefactare ausu temerario praesumserit, terribilis anathematis mucrone percussus nisi resipuerit a corpore Sanctae matris ecclesiae modis omnibus abscindatur et insuper omnipotentis Dei patris scil. et filii et spiritus sancti paracliti iram incurrat. — cfr. No. 384. 418. 419. 420. 428. l. c.



a. 1095 anführen, das sich bei Günther, cod. dipl. rhen. mos. II, pag. VII, findet: B. tradidit omne Selegut, quod illic hereditario jure possidebat. Haec pactio, licet filiis collaudantibus, non tamen satis firma putabatur, donec gener quoque ipsius — per nuntium accitus — veniret et annueret.

Alle Einwände, daß nur nach sächsischem Rechte die Zustimmung des Erben eine rechtlich nothwendige gewesen sei, dagegen bei den Franken blos auf der Sitte beruht habe, beseitigt neben den citirten Urkunden über Processe besonders folgendes Statut von Gent v. J. 1192, Art. 19 (s. Dierix, memoires sur les lois etc. Gentois. Gand. 1817, I, p. 120): Est autem tanta libertas oppidi Gandensis,[12] quod, si quis hereditatem suam, infra justiciam oppidi contentam, vendere vel invadiare voluerit, licet ei tam extraneis quam proximis, nec aliquis ratione consanguinitatis vel proximitatis poterit contradicere.

Im Uebrigen dauern auch sonst die alten Formen fort, z. B. Uebergabe coadunata manu.

Urk. v. 1149 (bei Neugr. II, S. 80): Ego C. filius Rudolphi et Hatichae tale praedium propria manu voluntarie, additis etiam duabus consanguineorum manibus R. et R. filii Tietelonis — donavimus. —

Urk. v. 1153 (l. c. S. 85): L. et R. et G. praedium — tradiderunt, W. comite et advocato praesente et fratre suo Ch. —

Dipl. v. 1180 (eod. S. 108): Notum fieri volumus, quod comitissa A. — obtulit eleemosynam Deo — sicut obtulit mater comptissa A. — ita omnia laudaverunt — per manum domini W. de A., — duae filiae supradicti comitis (des Gatten der A.) — B. et A. et susceptae sunt ab ipso abbate etc. Nec non et liberi, et pater et mater et mariti et antecessores in beneficiis susceptae sunt.

---

[12] Warnkönig, Flandrische Staats- und Rechtsgeschichte, III. S. 71. N. 239, bemerkt, daß dieses Recht der Stadt Gent eine Ausnahme von dem gemeinen Rechtszustande in Flandern bilde.

Zustimmung des Erben und Verzicht auf seine Rechte erwähnt auch folgende deutlich sprechende Urk. v. J. 1131 (s. Guden I, p. 98): Matrona — allodium suum — per manum mariti sui S., in cujus mundiburdio ipsa et bona ejus habebantur, Deo et nobis obtulit. Huic autem traditioni A. frater ejusdem domine, qui ad idem allodium jure hereditario respiciebat, adeo voluntatem et assensum suum adhibuit, ut etiam bonis ipsis spontaneus et libens resignavit.

Andere Urkunden aus diesem Jahrhunderte werden im Laufe der folgenden Paragraphen ihre Stelle finden. Zu den sächsischen zählen folgende:

Schenkungsurkunde a. 1150 (eod. Nro. 56): Henricus comes de T. et fratres sui coheredes ejus, O. Th. et G., assensu matris eorum A. et conlaudatione mundiburdi ejus L. de D. quandam patrimonii sui partem — libera donatione contulerunt.

Schenkungsurkunde a. 1180 (eod. Nro. 69): Ego S. una cum matre mea E. et pueris meis J. et H. sciente et consequente conjuge mea O. etc.

Bestätigung einer Schenkung v. J. 1183 (eod. Nro. 73): notificamus, quod dominus Th. simul et quaedam domina, A. nomine, possessionem quandam — de rebus propriis a quodam Volcmaro ministeriali nostro, consensu heredum ipsius, stabili pacto comparaverunt etc.

Schenkungsurkunde a. 1189 (eod. Nro. 88): Wicboldum — defleximus, quod tam ipse, quam uxor sua B., et filii sui — pro consensu tertii fratris adhuc pueri in maturitate annorum suorum faciendo spondentes hereditariam possessionem, quam habuerunt in ecclesia Rike B. Petro et nobis in donariis collatam — confirmaverunt etc.

Dipl. v. J. 1194 (eod. Nro. 93, III., Urkunden): Gerardus — Osnabrugensis ecclesiae humilis provisor — domum M. ad nos hereditario jure devolutam — ecclesiae B. Alexandri in W. benevolo consensu fratrum nostrorum, videlicet Ottonis bremensis ecclesiae canonici et Henrici comitis in A., uxoris ejus et liberorum etc.

Bestätigung einer Schenkung v. J. 1198 (eod. Nro. 98): Notum facimus —, quod — allodia nostra quam plura — in praesentia ac cum consensu uxoris nostrae O. et dilectissimi filii J., qui tunc adhuc superstes fuit in carne etc.

XIII. Jahrhundert.

Den altgermanischen Rechtszustand, wie er sich gegen die Angriffe des römischen Rechts und die Privilegien der Kirche, die in der ersten Periode der Rechtsaufzeichnung denselben einzuschränken versuchten, gewohnheitsrechtlich erhalten hatte, beschreiben die Rechtsbücher des gegenwärtigen Jahrhunderts. In ihnen erscheint das Einspruchsrecht des nächsten Erben als Glied des gesammten deutschen Rechtskörpers:

cfr. Sachsenspiegel (Ausg. v. Homeyer) I, 52, §. 1: Ane erven gelof unde ane echt ding ne mut nieman sin egen noch sine lüde geven. Doch weslet die herren ire dinstman wol ane gerichte, of man de wederwesle bewisen unde getügen mach. Gift he 't weder rechte sunder erven gelof, die erve underwinde 's sik mit ordelen, als of he dot si jene de 't dar gaf, so he 's nicht geven ne mochte.

Sachsenspiegel I, 21, §. 1: Man mut ok wol vrowen geven egen to irme live mit erven gelove, svo jung se sin, binnen deme gerichte dar 't egen inne leget, in jewelker stat, deste dar koninges ban si.

Sachsenspiegel I, 34, §. 1: Ane des richteres orlof mut en man sin egen wol vergeven in ervengelof, deste he 's behalde ene halve hüve unde ene word, dar man enen wagen uppe wenden moge; dar af sal he deme richtere sines rechten plegen.

Sachsenspiegel I, 45, §. 2: En wif ne mach ok ane irs mannes gelof nicht ires gudes vergeven, noch egen verkopen, noch liftucht uplaten, durch dat he mit ir in den geweren sit. Megede aver unde ungemannede wif verkopen ir egen ane irs vormünden gelof, he ne si dar erve to.

Schwabenspiegel cap. 74 (Ausg. v. Laßberg): Ein wip mac ane ir mannes urlop nit hin gegeben ir mannes

gut. noh eigen. no lipgedinge. noh zins gut. noh vaernde gut. daz ist davon daz er ir voget ist. maegede und frowen die nit man hant. die werdent ir gut ane wol. ane ir vormunt. ob si zir tagen komen sint. da horn danne erben zu. die suln ez versprechen als reht si.

Schwabenspiegel cap. 24: Wirt der man von sinem wibe gescheiden. — si behaltent ir selber gut und ir morgengabe. und ir lip gedinge daz er ir gab. und sin eigen mit siner erben urlobe ob si ze ir tagen chomen warn. swelch erbe zesinen tagen nit chomen was dem schadet och diu gabe niht die der vater getan hat.

Schwabenspiegel cap. 39: Ane des rihters urlop git ein man sin eigen wol sinen erben.

II. Einleitung.

§. 21.

1. Untergang der alten Verfassung.

Der Ursprung des Einspruchsrechts der nächsten Erben liegt in der staatsrechtlichen Bedeutung des Grundbesitzes für die Familie, die ihr Recht in der Vertretung durch das Familienhaupt fand, deren Voraussetzung Besitz freien Grundeigenthums innerhalb der Gemeinde war. Die staats- und privatrechtliche Bedeutung der Freiheit hing von dem Grundbesitz ab. Wenn nun auch die steigende Machtentwicklung der Königsgewalt den Umfang der rechtlichen Bedeutung der Volksgemeinde schmälerte, so zerstörte sie doch nicht die Grundlage der ganzen germanischen Verfassung, die Bedeutung der Freiheit. Es blieb die alte Gauverfassung und der alte Freienstand, auf dem das Königthum selbst ruhte; und mit diesen beiden Elementen dauerte auch der frühere Zustand der Verbindung von Freiheit und Grundbesitz im Gau fort. Ja er war so stark, daß Niemand Eigenthum haben konnte, der nicht Unterthan war, wie früher Niemand in der Volksgemeinde berechtigt war, der nicht einen

Hof in ihr im Eigenthum hatte. Mannigfach zusammenwirkende Umstände waren es aber, die der Gauverfassung den Untergang bereiteten und für jene alten Grundsätze eine neue Basis schufen: die stetige Lösung der Familienbande durch den stärker werdenden staatlichen Verein; die Zerstörung der gleichheitlichen Vertheilung des Grundbesitzes und damit des deutschen Güterrechtes durch die Anhäufung des Bodens in wenigen Händen; die Bildung von Abhängigkeitsverhältnissen Freier gegen Freie im Seniorat und Lehenwesen; die Zerreißung des Unterthanenverbandes durch Immunitäten; und die durch diese Gründe bedingte Entstehung eines vor andern Freien bevorzugten Adelsstandes.

Die Wirkungen dieser Entwicklung zeigten sich in allen §. 2—4 ausgeführten Richtungen. Die alte auf Grundeigenthum basirte Gemeindeverfassung verlangte eine gleiche Theilung des Bodens unter die freien Gemeindeglieder. Sollte jeder gleichberechtigt bleiben, so durfte nicht die eine Familie ihres Besitzthums verlustig werden und in Abhängigkeit zu der andern kommen; es mußte der Vereinigung des Grundbesitzes in wenigen Händen entgegengetreten werden. Dieß hatte das alte deutsche Recht, neben der umfassenden Veräußerungsbeschränkung, namentlich durch den Ausschluß der weiblichen Succession in das Grundeigenthum und durch die Theilung des Grundbesitzes unter die gleich nahen männlichen Verwandten des Erblassers erreicht. Denselben Erfolg hatte die Unmöglichkeit letztwilliger Verfügungen, sowie das Verbot der Ansiedlung eines Fremden gegen den Widerspruch auch nur eines Gemeindemitgliedes, endlich das Recht der Occupation unter königlicher Bewilligung. Diese Grundlage der alten Verfassung erschütterte die Berührung mit römischen und gallischen Sitten und Rechtsgrundsätzen. Bei den Galliern war ein reicher Adel, eine angesehene Priesterkaste; beide hatten den Grund und Boden in ihrer Hand, der gemeine Mann stand im Abhängigkeitsverhältniß zu ihnen. Auch die Römer befanden sich im Besitz reichen Grundeigenthums. Das Vorhandensein derartiger reich begüterter und dadurch angesehener und mächtiger Unterthanen erzeugte

das Streben nach gleicher Macht. Dazu half der zerstörende Einfluß des römischen Rechts. In der Anerkennung der gleichen weiblichen Succession und der leichten Möglichkeit der Vergabung, in den Bestrebungen, die Veräußerung des Grundeigenthums von der Einwilligung der Familie unabhängig zu machen, in der Sicherung und Privilegirung der von den alten Rechtsgewohnheiten abweichenden Geschäfte zum Besten der Kirche, die selbst nach römischem Recht lebte, lag die Möglichkeit der Güterzersplitterung, die Lösung des Familienverbandes und damit der staatlichen Grundlagen selbst. Die alte Theilung des Grundbesitzes wurde zerrissen, die alten Rechtsgrundsätze wurden angegriffen. Den Einfluß, den schon das Vorhandensein der reichen römischen und gallischen Grundbesitzer ausübte, erhöhte noch die Freigebigkeit gegen die Kirche und das habsüchtige Bestreben der Geistlichkeit. Daß sich dasselbe Verlangen den weltlichen Großen mittheilte, war die Folge davon. Der wachsende Schutz der Staatsgewalt machte den innigen Zusammenhang der Familie weniger nöthig und so wurde es auch in dieser Hinsicht leichter, das Grundeigenthum aus der bestimmten Familiensuccession zu bringen. Es erstanden die reichen, durch den Besitz von Grundeigenthum herrschenden Großen der karolingischen Zeit. Ihre Macht concentrirte sich durch die Entziehung der in ihrer Hand vereinigten Ländereien und darauf sitzenden Bewohner aus der directen Einwirkung der Staatsgewalt mittelst der Gestattung der Immunität. Indem sie neben den unfreien Hintersassen nun auch die Freien, die in ein Abhängigkeitsverhältniß zu ihnen sich begeben hatten, als freie Hintersassen der Staatsgewalt entzogen und als ihre Vertreter vor Gericht, als ihre Bannerherren im Felde erschienen, verschwanden die hauptsächlichsten Aeußerungen der Freiheit: Berechtigung, sich im Gericht selbständig zu vertheidigen; Freizügigkeit; selbständige Kriegspflicht. Damit endete das Princip der Freiheit selbst, nämlich die Unabhängigkeit von jeglicher Privatgewalt. Der König wurde machtlos durch die Selbständigkeit der Immunitäten, in Folge welcher Freie über Freie die königlichen Hoheitsrechte ausübten und den Umfang der königlichen

Gewalt beschränkten. Einst waren alle Gemeindeglieder freie, mit ihrer Familie auf eigenem Grunde lebende Unterthanen der Staatsgewalt allein; jetzt hatte sich ein Verhältniß erzeugt, das Freie von Freien in Abhängigkeit erhielt, zu Lasten und persönlichen Dienstleistungen verpflichtete und aus Unterthanen der Staatsgewalt zu Untergebenen eines Privatmannes machte. Einst gab es nur volles Eigenthum, das dem Unfreien nicht zustehen konnte; jetzt wurde es mit mannigfachen Lasten und Abgaben belegt und in Folge hiervon seinem Herrn die volle politische Rechtsfähigkeit entzogen. Auf die Freizügigkeit, das erste Vorrecht jedes Freien, wurde nun vielfältig verzichtet. Längst hatte die alte Bedeutung der mansi ingenuiles, litiles et serviles ihren Zusammenhang mit dem Stande der Inhaber verloren; sie begann in ihr Gegentheil umzuschlagen, so daß der Freie durch den Besitz eines abhängigen mansus zum Unfreien wurde. Der allgemeine Unterthanenverband der Freien war zerstört, es entsprangen Abhängigkeitsverhältnisse mannigfacher Art, hervorgerufen durch die Concentration des freien Grundbesitzes in den Händen weniger Großen, die den Schutzlosen zwangen, sich ihrem Willen als pfleghaft zu unterwerfen und sein sonst freies Gut als belastetes wieder zu nehmen. Ja es gibt Freie, die ohne Grundeigenthum nach Gastes Art im Lande herumziehen, um als Landsassen das Gut eines Andern zum Anbau zu pachten. Wie aber auf der einen Seite ein Theil der Freien sich über den andern erhob und für seinen Grundbesitz Befreiung von der Unterwerfung unter die Gewalt der Beamten errang; so suchten auf der andern Seite die mächtigen Beamten, der schwachen Regierung entgegentretend, ihrerseits eine bleibende Gewalt zu gewinnen, indem sie durch Bedrückung die Unterthanen in ein Privatabhängigkeitsverhältniß zu sich brachten. So näherten sich Grafen und Senioren und einigten sich zu Einem bevorrechtigten S t a n d e. Denn blieben diejenigen, die sich in ein Abhängigkeitsverhältniß begaben, auch frei, so hatte jenes Bestreben doch die Folge, daß im Stande der Freien selbst eine Spaltung eintrat, die einen bevorrechtigten Adel erzeugte. Ihm

fiel nun die Uebernahme des Heerdienstes zu, der, früher das Recht und die Pflicht der Vertheidigung des freien Hofbesitzers, eines jeden Gaueingesessenen, gegen Angriffe auf den Verband, jetzt das Vorrecht der begüterten Klasse wurde. Unter Karl d. Gr. sank der Besitz von Grund und Boden zum Maßstab herab der größeren oder geringeren Verpflichtung zur Leistung des Kriegsdienstes. Wie dieser drückend auf den armen Freien lastete, wurde er eine neue Quelle des Schutzverhältnisses und viele Freie sahen sich, um seiner unerschwinglichen Last zu entgehen, genöthigt, mit Verlust ihrer Selbständigkeit dem mundium eines Mächtigen, eines Adeligen, sich zu unterwerfen. Wurden sie dadurch auch nicht unfrei, so gingen sie doch Verpflichtungen ein, die ihre persönliche Stellung ergriffen; und wenn ihr Dienst zwar ingenuili ordine statt haben sollte, so lagen doch einerseits in ihrem Verzicht auf die Freizügigkeit, andererseits in der Fixirung der Leistungen auch der unfreien Hintersassen zu viele Aehnlichkeiten vor, als daß nicht beide Klassen — freie und unfreie Hintersassen — durch allmäligen Uebergang in einander zu den Hörigen des Mittelalters hätten werden sollen.

Damit endete die alte Verfassung. Der Gau war gesprengt, die Versammlung der Gaueingesessenen um ihre Macht gebracht, die Zahl der Schöffen und schöffenbarfreien Leute zusammengeschmolzen, ihr Gericht um den Umfang seiner Wirksamkeit gekommen. Nunmehr entwickelten sich das Hof- und Lehenrecht, je mehr der hof- und lehenrechtliche Grundbesitz sich mehrte; die einst freien Schöffen, welche Streitigkeiten über echtes Eigenthum entschieden, saßen vielfach im Gericht nach Hof- oder Lehenrecht und entschieden die Fragen über Eigenthum nach Hof- oder Lehenrecht. Das Echteding war das Gericht weniger freier Leute geworden, der schöffenbar Freien, der „Edelsten“, [1] die noch nach Landrecht urtheilten, derjenigen, welche sich beim Untergang der Gauverfassung echtes Eigen-

[1] Glosse zum Ssp. III, 26.

thum und dadurch die Fähigkeit zum Schöffenamt und zum persönlichen Kriegsdienst gerettet hatten.

Die Gauverfassung fiel also durch die Umwälzung im Grundbesitze. Er verlor seine hohe staatsrechtliche Bedeutung, seit ein Verhältniß persönlicher Abhängigkeit durch das Versprechen der Treue gegen den Lehnsherrn zum Bindemittel des neuen Staatsgebäudes wurde. Damit war aber diese Bedeutung des freien Grundeigenthums nicht aufgehoben. Denn da das Versprechen der Treue seinen Stützpunkt doch nur in der Verleihung von Grund und Boden zu Lehenbesitz fand, so ergab sich von Neuem die Wichtigkeit desselben. Sie äußerte sich vor allem in der Berechtigung zum Landtag, — der Fortentwicklung der alten placita, — und in der Theilnahme an den Rechten der Gemeinde, innerhalb welcher das freie Grundstück lag. So lange der Verkehr sich nicht so bedeutend gesteigert hatte, daß dadurch das bewegliche Vermögen dem unbeweglichen gleichgestellt wurde, war ein Widerstand gegen die Gewalt, die der Grundbesitz ausübte, nicht möglich; erst die Wertherhöhung der Mobilien änderte das ganze Verhältniß. Wenn aber auch gerade durch die Umwälzung neue Beziehungen zwischen Grundbesitz und öffentlicher Berechtigung entstanden, blieb doch der alte so innige Zusammenhang zwischen jenem und der Gemeinde aufgelöst. Die Bestrebungen der mächtigen Beamten und Lehensherrn — des Adels — führten, ohne daß diese selbst ihres Zieles bestimmt sich bewußt gewesen wären, zu eigener landesherrlicher Selbständigkeit und staatlicher Anerkennung ihrer Territorien. In der Immunität und Gefolgschaft lag der Beginn hierzu. Die alte Volksversammlung als Genossenschaft der Gaueingesessenen war zu einer Gerichtsversammlung herabgesunken, verschieden nach dem Stande derjenigen, die sich zu Gericht vereinigten, und derjenigen, die gerichtet wurden. Denn ehedem da jeder freie Grundbesitzer unmittelbarer Unterthan des Königs war, kannte man nicht die Bevorzugung eines einzelnen Standes, der, in das alte Verhältniß sich setzend, die Reichsstandschaft für sich allein beanspruchte und mit landesherrlicher Gewalt die früheren Gaugenossen zu

seinen Untergebenen herabdrückte, so daß eine Scheidung zwischen mittelbaren und unmittelbaren Unterthanen des Reichs entstehen mußte. Jetzt aber hatte das Lehenwesen die Begriffe von Staat und Volk aufgehoben, die unmittelbaren Beziehungen des Königs zu seinen Unterthanen gelöst und nur Privatverträge an die Stelle des Staatsrechts gesetzt. Alles sonderte sich nach Gruppen und gliederte sich in Stände, von denen jeder nach eigenem Rechte lebte und dadurch in Absperrung gegen den andern gerieth. Daher kam es, daß auch die alte Centene sich auflös'te. Was war natürlicher, als daß jedes Mitglied eines Standes nur von seines Gleichen, die gleiches Recht und gleiche Ehre theilten, gerichtet sein wollte? In der alten Gauverfassung war jeder Unterthan frei, kriegerischer Ehre theilhaftig, des andern Standesgenosse; nunmehr trennten sich im Stande der Freien vollberechtigte von weniger berechtigten, höher geehrte von minder geehrten; eine mannigfach sich verschlingende Ständegliederung, bald starr sich abschließend, bald ineinander übergehend, schuf neue Rechtsgrundsätze. Mit der Entstehung der Landeshoheit änderten sich die Begriffe von Freiheit und Unfreiheit und so zerriß nothwendig auch der alte Zusammenhang zwischen Freiheit und Grundbesitz. Früher mußte jeder Freie freien Grundbesitz haben, um im Genusse seiner Freiheit zu verharren und des Heerbannes fähig zu sein. Jetzt hingegen sollte sich Alles dem neu gefundenen Princip der Lehenbarkeit bequemen; selbst Allodialbesitz erhielt dessen Stempel und wurde oft wie ein Lehen aufgelassen. Der unfreie Bauer, dessen Besitz keines rechtlichen Schutzes genoß, sondern von der Gnade des Herrn abhing, erhielt durch die Annäherung an die des echten Eigenthums fähigen, pfleghaften und landsessigen Freien, die freien Bauern, das Recht einer vererblichen und veräußerlichen Gewere am Gut.[2] Der Ministeriale, der unfreie Dienstmann, wurde im Wandel der Verhältnisse wie der Mittelfreie rittermäßig und

---

[2] Ssp. I, 38 und III, 81. §. 2: Dinstman ervet unde nemet erve, alse vri lüde na lantrechte.

deshalb der kriegerischen Ehre theilhaftig, ja er schloß sogar den landsessigen und pfleghaften Freien von dieser Ehre aus. Auch seine Verhältnisse erhielten rechtliche Normen; in Amt, Hoflehen und Erbe genoß er des Schutzes nach Hofrecht. Der Mittelfreie, der alte ursprüngliche Gaugenosse, trat in persönliche Dienstverhältnisse zu dem Semperfreien und wurde durch die Lehensbeziehung zum Vasallen seines eigenen Genossen. So nähern sich die ministerialen und ritterbürtigen Freien und der Unterschied zwischen freien und unfreien Dienstmannen verschwindet im Stande der Ritterbürtigen. Innerhalb deß Kreises der Freien selbst trennen sich die Mittelfreien und die Semperfreien. Letztere schließen sich zu Einem Stande zusammen, der die Landeshoheit an sich reißt, nur vor dem Kaiser Recht gibt und gegen die Gemeinfreien als Geburtsadel sich abschließt.

Das alte juristische Princip der Freiheit, die Unabhängigkeit von jeder Privatgewalt und die blose Unterthänigkeit gegen den König, ist somit gebrochen und als neues Princip und Kennzeichen der Freiheit stellt sich jetzt die Möglichkeit dar, einseitig aus der Abhängigkeit von einer Privatgewalt herauszutreten. Sie steht dem Unfreien nicht zu; denn an ihm hat der Herr eine Gewere. [3]

Gegen die Zersplitterung der alten Gauverfassung, die Lösung des Unterthanenverbandes und die Schwächung des Begriffs der Freiheit erhob sich als erster Keim einer neuen staatlichen Gleichberechtigung die Rechtsentwicklung in den Städten. Sie mußte um so reiner den Begriff der staatlichen Unterthänigkeit gegen die Gemeinheit und den Ausschluß aller Privatabhängigkeit festhalten, als von Anfang an in den Städten Freiheit aller Gemeindeglieder von der Hörigkeit errungen wurde und der Grundsatz sich feststellte, daß, wenn Jemand eine gewisse Zeit hindurch unangefochtenes Mitglied der Gemeinde gewesen war, damit auch seine Freiheit unanfechtbar sei. Hierdurch eben unterschied sich die neu entspringende städtische Freiheit von der alten innerhalb der Gaugenossenschaft, daß sie neben

[3] Ssp. III, 23. — Schwsp. Art. 294.

sich das Element der Unfreiheit gar nicht mehr kannte, sondern vielmehr jedes Mitglied der Stadtgemeinde zugleich ein freier Bürger war.

Es gliedern sich die Stände:

I. nach ihrer Geburt in Edle (die Fürsten und freien Herrn), — Semperfreie; Gemeinfreie; und Unfreie, — Eigene, Hörige;

II. nach ihrem Berufe zerfallen die Freien (mit Ausnahme des Adels) in Ritterbürtige, Bürger und Bauern;

III. nach ihrem Verhältniß zum Grundbesitz theilen sich die Freien in Schöffenbarfreie, Pfleghafte und Landsassen.

Diese Standeseintheilung erlosch, indem die letzten beiden Klassen mit den unfreien Hintersassen zu dem Berufsstande der Bauern zusammenschmolzen und die Schöffenbarfreien mit den Ritterbürtigen und Ministerialen sich zur Ritterschaft einigten. Der Sachsenspiegel hält noch an der Eintheilung fest, [4] indem er ausdrücklich erwähnt, daß er ältere Rechtszustände darstelle. Der Schwabenspiegel theilt die Freien neben den Semperfreien schon nach den neuen Berufsständen in Ritterbürtige und Bauern; die Bürger fallen in einem Landrechtsbuche weg. [5] In dieser Verschiedenheit beider Rechtsbücher spricht sich der Gang der Rechtsentwicklung aus. Die neuen Standeseintheilungen hingen nicht mehr mit dem Grundbesitz zusammen, wie die alte Freiheit und Unfreiheit. Die rein staatsrechtliche Seite der Bedeutung des freien Eigenthums war verschwunden. [6]

---

[4] Ssp. I, 2 (Cod. quedl. Art. 2). Van vriheit alleyne han ich gesait. durch daz nicht mer vri ne was do men recht sazte unde vorderen her zu lande quamen.

[5] Schwsp. Vorwort a. E. Hie sagen wir von drierhande vrien liuten. Der heizent eine sempar vrien. daz sint die vrien herren. als fursten. und (die) ander vrien zeman habent. So haizent die andern mittel vrien daz sint die ander vrien man sint. Die driten vrien daz sint die vrie lantsaezen sint. die sint gebure. und sitzent uf dem lande. der habent iegelich ir sunder reht.

[6] Man s. zu §. 21 und 22: Homeyer, über die Heimath nach altdeutschem Rechte insbesondere das Hantgemal, Berlin 1852; Stobbe, die Stände des Sachsenspiegels in der Zeitschr. für deutsch. Recht. XV. Band 1855, S. 311 ff.



§. 22.

Neue Bedeutung des Grundeigenthums.

Politische Veränderungen mögen wohl schnell auf das Staatsrecht ihre Rückwirkungen äußern und hier in erregten Zeiten, welche, wie das Mittelalter während der Epoche des Lehensystems, von unklaren und ihres Zieles nicht bewußten politischen Ideen beherrscht werden, wechselnde Rechtsgestaltungen erzeugen; der Gang des Privatrechts ist langsamer und in seiner Entwicklung gleichmäßiger, sofern alte Rechtsgrundsätze dauernder festgehalten und ihnen nur den veränderten Zeitumständen gemäße neue Grundlagen gegeben werden. Beispiele hierfür sind die Beibehaltung der Geschlechtsvormundschaft sowie der Oeffentlichkeit bei Grundeigenthumsübertragung und Pfandbestellung, die Fortdauer vieler Grundzinse und Reallasten, die Ausdehnung des Retracts, die Eigenthümlichkeit der Vindication von Mobilien. In gleicher Art änderte sich theilweise das Princip des alten Stammgutssystems. Der Grund seiner Entstehung lag in der staatsrechtlichen Bedeutung des freien Eigenthums für die Familie. Diese unmittelbare Beziehung hörte nunmehr auf. Um im Staat berechtigt zu sein, bedurfte es nicht mehr des echten Eigenthums an Grund und Boden. Der Ministeriale, der blos Eigenthum nach Hofrecht inne hatte, der freie Vasall, der nur Lehengüter besaß, stand neben dem Freien, der freien Grundbesitz zu echtem Eigen hatte, politisch gleichberechtigt da. Im Lehenstaate beruhten die neuen Standesgliederungen auf dem Kriegsdienste. Wer rittermäßig war, hatte Bedeutung im Staate; wer eine unritterliche Lebensart führte und sich von Ackerbau oder Gewerbe ernährte, erschien als Ungenosse, mochte er auch frei und im Besitze freien Eigenthums sein. Während der ritterbürtige Ministeriale und der Schöffenbarfreie allmälig gleichberechtigt wurden, erhoben sich beide über den Freien, der von seinem Gute zinspflichtig war.

Allein die rechtliche Bedeutung des Gründeigenthums endete damit nicht. Wenn man vielleicht auch annehmen darf, daß sich das Einspruchsrecht des nächsten Erben jetzt bei geänderten

staatlichen Grundsätzen nicht erst *erzeugt* hätte, so konnte diese Aenderung doch nur beitragen, den einmal vorhandenen Rechtssatz *festzuhalten*. Denn unter der Auflösung der alten Zustände begann die Bedeutung des Territoriums sich in neuen Beziehungen zu äußern und mit der Entwicklung der Landeshoheit das alte Princip der persönlichen Rechte zu verdrängen. Der Begriff der Herkunft und also des Rechtes wurde nicht mehr nach dem reinen Stammesverhältniß, sondern mehr und mehr nach dem Territorium bestimmt, in welchem man angesiedelt war. [1] An die Stelle des Stammes ist sein Land getreten. Im Gegensatz zum Lehen-, Dienst-, Hof- und Weichbildrecht wird das allgemeine Recht durch Landrecht oder Landesgewohnheitsrecht bezeichnet. [2] Das Land hat eine Stimme, wenn neue Lasten ihm aufgelegt werden sollen. [3] Nach seinem freien Grundbesitz legt sich der Freie einen Namen zu, der adelige sein Prädicat als nobilis beifügend. Ueber den ordentlichen Gerichtsstand, den legitimus sacramenti locus, entscheidet das Grundstück, zu dem man geboren ist. Da wird gekämpft, wo der ordentliche Gerichtsstand ist, nämlich im Heimathsorte; [4] durch Domicil [5] oder Grundbesitz wird jedoch ein außerordentlicher Gerichtsstand begründet. Endlich zeigt sich die Wichtigkeit des Grundeigenthums bei der Uebernahme von Aemtern; denn der Stellvertreter des Grafen muß im Lande geboren sein, in welchem er richten soll, [6] und die Dingpflicht am Gerichte ist da begründet, wo der Stamm- oder Wohnsitz liegt. [7] Hieraus schon ergibt sich die Wichtigkeit des Grundbesitzes als Bedingung des

---

[1] Ssp. III, 61. §. 2: It ne mach neman scultheite sin, he ne si vri, unde geboren von deme lande, dar 't gerichte binnen leget. Der Ssp. sieht demnach nicht mehr auf die Abstammung allein, sondern auch auf das Land, in welchem der Stamm festgesessen.

[2] Ssp. III, 73. §. 3.

[3] Ssp. III, 91. §. 3. — cfr. *Homeyers* Register zum Sächs. Landr. s. v. Land.

[4] Ssp. III, 33. §. 3.

[5] Ssp. III, 26. §. 2.

[6] Ssp. III, 61. §. 2.

[7] Ssp. III, 26.

Gerichtsstandes, sowohl der Gerichtshörigkeit als der Dingpflicht. Die Bedeutung und das Ansehen der freien Gerichte steigerte sich durch den Gegensatz zu den Lehens- und Hofgerichten. Selbst im Landgericht aber wurde über Erbe und Eigenthum nicht mehr nach Stammesrecht, sondern nach dem Rechte der belegenen Sache geurtheilt; im Lehen-, Hof- und Stadtrecht entschied nur die particuläre Norm der betreffenden Gerichtsstätte und so trat auch hier Grund und Boden als bestimmendes Moment hervor.

Es ist jedoch nicht allein das neue territoriale Princip, welches sich an die Stelle alter Stammeseigenthümlichkeit hinsichtlich der Frage nach der Berechtigung des Einzelnen setzte; auch nicht allein die Bedeutung des Grundbesitzes als der dinglichen Unterlage des Lehensystems, welche denselben im Interesse der ganzen Familie festzuhalten erheischte; seine Wichtigkeit tritt im Sachsenspiegel auch noch als Bedingung des Standes hervor. Freilich nicht im alten Sinne. Grundeigenthümer zu sein war nicht mehr das Recht eines bestimmten Standes, jeder, auch der Unfreie, konnte Grundeigenthum erwerben. Nur der Ort seiner Verfolgung war ein verschiedener. Der Unfreie durfte nicht vor dem Landgerichte auftreten, in welchem sein Herr als der wahre Eigenthümer erschien; allein vor dem Hofgerichte vertrat er gegen seine Genossen und gegen den Herrn sein Eigen ganz selbständig: Eigen nach Hofrecht konnte er haben. Deshalb scheidet der Sachsenspiegel auch den Unfreien von der Eintheilung aus, weil derselbe des Landrechts und damit des Eigenthums nach Landrecht nicht fähig ist. Die Freien trennt er aber nach ihrer Berechtigung an Grund und Boden in drei Stände:

Die Landsassen, d. h. diejenigen, die kein Eigen im Lande haben, sondern kommen und fahren gastesweise.[8] Sie stehen den Unfreien am nächsten; denn diese werden durch Freilassung zu Landsassen und besuchen mit jenen das niedere Gericht des Gografen.

[8] Ssp. I, 2. §. 4. III, 45. §. 6: Andre vri lüde sint lantseten geheten, unde komet unde varet gastes wise, unde ne hebbet nen egen in 'me lande.

Die Pfleghaften oder Biergelden dagegen haben Eigen,[9] jedoch ist es mit Zinsen und Diensten belegt, worauf das Wort Pflege hinweis't.[10] In Buße und Wehrgeld stehen sie den Landsassen gleich, besuchen aber des Schultheißen Ding.

Die Schöffenbarfreien endlich sind diejenigen, die sich das echte Eigen der alten Zeit und die Rechte der Freiheit mit ihm erhalten haben. Sie stellen sich in Buße und Wehrgeld den Adeligen gleich über die andern Freien, die ihnen nicht ebenbürtig[11] sind. Sie genießen des Waffenrechts und stehen im fünften Heerschilde, den freien Herren zunächst;[12] sie haben das Recht der Autonomie und der Einigung; sie können Lehen an Gerichte haben.[13] Ueber ihr Leben, ihre Ehre und ihr Erbe geben nur ihre Genossen, keine andern freien Leute und keine Dienstmannen des Reichs, Zeugniß oder Urtheil[14] im Gerichte des Grafen;[15] sie dagegen finden Urtheil über Jedermann dort, wo man unter Königsbann richtet, wie auch gegen sie um Ungericht an echter Dingstatt

---

[9] Ssp. I, 2. §. 3: De plechhaften sint ok plichtich des sculteiten ding to sükene over ses weken von irme egene; under den mut man wol kesen enen vronen boden, of de vrone bode stirft. cfr. III, 61. §. 3 und III, 45. §. 5.

[10] Glosse zu Ssp. I, 2. §. 3: plechhaften sin, di in dem lande eighen hebben, dar si wat sin plichtich af to gevene. — Stobbe (l. c. S. 351) versteht hierunter eine Abgabe an den Landesherrn; die Landsassen vereinigt er mit den Pfleghaften zu Einem Stande (S. 360); den Stand der Schöffenbaren knüpft er nicht an den Besitz von Alod. (S. 328).

[11] Ssp. III, 45. §. 1: Nu vernemet aller lüde weregelt unde bute. Vorsten, vrie herren, scepenbare lüde, die sin gelik in bute unde in weregelde. — Den scepenbaren vrien lüden gift man drittich schillinge to bute pündeger penninge. — Ire weregelt sin achtein punt pündeger penninge. §. 4. Die biergelden unde plechhaften, — den gift man veften schillinge to bute unde tein punt to weregelde. §. 6. Andre vri lüde sint lantseten geheten, — den gift man ok veften schillinge to bute unde tein punt is ire weregelt.

[12] Ssp. I, 3. §. 2.

[13] Ssp. III, 54. §. 1.

[14] Als solche Urtheiler heißen sie allein Schöffen: Ssp. I, 2. §. 2; 63. §. 2. III, 8. §. 1; 61. §. 1.

[15] Ssp. III, 19. II, 12. §. 4.

unter Königsbann geklagt werden muß.[16] Denn ein schöffenbarer Mann antwortet in keinem auswärtigen Gerichte zu Kampf, sondern in dem Gerichte muß er antworten, wo sein Hantgemal liegt.[17] Am Orte ihres Schöffenstuhles sind sie dingpflichtig und kämpfen, oder am höchsten Gerichte ihres Wohnorts, aber nur gegen den Genossen, der sich als solcher ausweis't.[18] Bei processualischen Gelegenheiten, Vorladung und Urtheil, sind sie besonderer Auszeichnung theilhaft.[19] Sie sind Niemandes Gewalt unterworfen, stehen in keiner Abhängigkeitsbeziehung, bedürfen nicht des Schutzes oder der Vertretung, sondern haben an Gut und Person eigene Freiheit. Die Schöffenbarfreiheit selbst ist ein Geburtsstand, dessen auch Frauen fähig sind.[20]

Diese Standeseintheilung ist mit Rücksicht auf die Dingpflicht entstanden. Die Unterwerfung und Theilnahme an einem bestimmten Gerichte hängt nunmehr von dem Besitze eines Grundstücks und den verschiedenen Modificationen dieses Besitzes ab. Hiernach richtete sich die Schöffenbarfreiheit nach Landrecht, — die Schöffenbarkeit des Sachsenspiegels, — nach Weichbildrecht[21] und in den Vogteien;[22] und hierin liegt die rechtliche Bedeutung des Grundbesitzes. Er bildete die Voraussetzung der Theilnahme des Freien am Gerichte über den Freien. Die ganze Entwicklung der Landeshoheit beruhte hauptsächlich auf dem Heer- und Gerichtsbanne. Der Heerbann freilich hing schon vor Karls d. Gr. Normen, die durch das Zusammenströmen des Grundeigenthums in wenigen Händen nothwendig geworden waren, nicht mehr mit dem Besitz der Hofstätte, wie in frühester Zeit, zusammen; aber es zeigte sich die alte Bedeutung des Grundeigenthums noch rücksichtlich der Fähigkeit, vor Gericht als Urtheiler, Zeuge oder Fürsprecher auftreten zu können.

---

16 Ssp. III, 69. §. 2. I, 59. §. 1 u. 2.
17 Ssp. III, 26. §. 2.
18 Ssp. I, 51. §. 4. III, 29. §. 1.
19 Ssp. I, 67. §. 1. III, 55. §. 2.
20 Ssp. II, 3. §. 2. III, 73. §. 1.
21 cfr. Kl. Kaiserrecht IV, 1.
22 Ssp. II, 12. III, 81.

Die Aufzeichnungen des Sachsenspiegels erweisen sogar, wie der Grundsatz der Nothwendigkeit freien Grundeigenthums, um in dem Gerichte der Freien erscheinen zu können, auf das bestimmte Maß einer halben Hufe sich fixirte.[23] Mindestens diese halbe Hufe soll der pfleghafte Frohnbote haben, aber auch weniger als drei Hufen.[24] Dagegen soll der König drei Hufen oder mehr den Dienstmannen, die er frei und zu Schöffen macht, zu Eigen geben.[25] Man bedarf also, um bei dem Gericht der Freien thätig zu sein, des Grundbesitzes. Ist Jemand um Ungericht belangt, so braucht er keine Bürgen zu stellen, wenn er so viel Eigen im Gerichte hat, als sein Wehrgeld beträgt.[26] Daraus folgt, daß auch der Bürge mit Grundeigenthum angesessen sein muß. Das Gleiche wird vom Vorsprecher verlangt;[27] hat er

---

[23] Ssp. I, 34. §. 1: Ane des richteres orlof mut en man sin egen wol vergeven in ervengelof, deste he 's behalde ene halve hüve unde ene word, dar man enen wagen uppe wenden moge; dar af sal he deme richtere sines rechten plegen.

[24] Ssp. III, 61. §. 3: Die bodel sal to minsten hebben ene halve hove egenes. III, 45. §. 5: Under den (plechhaften) mut man wol kiesen enen vronen boden, of man 's bedarf, die min den dri huve egenes hebbe.

[25] Ssp. III, 81. §. 1. Togat aver die scepenen binnen ener grafscap, die koning mut wol des rikes dienstman mit ordelen vri laten, unde to scepenen dar maken, dur dat man rechtes bekome unde koninges ban dar halden moge. He sal aver des rikes gudes also vele to egen in geven, dat sie scepenen dar af wesen mogen; ir jewelkeme dri hoven oder mer. Dat gut mut he wol nemen ut deme gude der grafscap, svar it die greve ledich hevet, dur dat der scepenen egen in die grafscap irstorven is. — s. die Glosse zu I, 3: Schepenbare vrye syn de eygen vry hebben, ven dat sy dar schepen uf wesen scholen. Besonders sprechend ist aber die Glosse zu Ssp. III, 73: Schepenbar vry dat is dar van unde hêt darumme so, dat sy ore eygen vry hebben, darumme dat sy schepen ambachtis in einer greveschap warden scholen. dit is der manne ambacht und ervet up dy sone alleine, oder up dy negesten svertmach. darumme ervet dit eigen up der dochter kindere nicht, van yt ervet up dy dochtere selven nicht.

[26] Ssp. II, 5. §. 1: Sve so egenes also vele hevet, dat it betere is den sin weregelt, binnen deme gerichte, de ne darf nenen burgen setten, of man ine um ungerichte beklaget.

[27] Ssp. I, 60. §. 2.

kein Erbe, so muß er wieder Bürgen stellen. Dies gilt von den Zeugen schon deshalb, weil sie in dem Gericht schöffenbar sein müssen.[28] Da der Schöffenbare mit Niemanden als seinen Genossen zu kämpfen hat, muß auch der Kampfgenosse dem Gericht seinen Grundbesitz nachweisen.[29] So bildete sich der bestimmte Maßstab, daß ein Schöffenbarfreier nicht unter drei Hufen, ein Pfleghafter nicht unter einer halben Hufe Grundbesitz haben solle.

Die Wechselwirkung zwischen Stand des Inhabers und Grundstück tritt noch in einer durchgreifenden Aenderung der alten Verhältnisse hervor. Hatte früher der Gemeinfreie, der Lite, der Unfreie seinem Grundstücke den Charakter aufgeprägt, der ihm selbst zukam, so daß mansus ingenuilis, litilis, servilis Benennung des Grundstücks nach dem Besitzer war; so wechselte nun das ganze Verhältniß, indem der Charakter der Freiheit oder Unfreiheit im Grundstück festgewurzelt erschien und dieselbe Rückwirkung auf seinen Besitzer äußerte, wie früher dieser auf den Boden, den er inne hatte. Der Besitz eines freien oder unfreien Grundstücks machte zum Freien oder Unfreien.[30]

Diese Wirkung des Grundbesitzes mußte sofort das Band der Familie treffen; denn bei der Eigenbegebung oder bei dem Eintritt in ein Vogteiverhältniß erschien sie hauptsächlich betheiligt. Zwar hatte auch in ihr eine Wandlung der starren Formen sich vorbereitet: die erstarkende landesherrliche Gewalt übernahm die Besorgung und Ueberwachung der Vormundschaft; mehr noch wirkte auf eine Lockerung der Familienbande die veränderte Bedeutung des Grundbesitzes, indem durch seine Erwerbung als Lehen und durch die Uebernahme des Kriegsdienstes hierfür dem Haussohne die leichte Möglichkeit gewährt wurde,

---

[28] Ssp. II, 43. §. 1. II, 44. §. 3. I, 6. §. 2. — Vet. auct. de benef. c. 1. §. 37. Homo, qui nisi manso vel dimidio sit inbeneficiatus a domino, aut qui nisi in loco aliquo sit inbeneficiatus a domino, ut annuatim ab eo habeat, quod quinque solidos vel plus valeat, a testimonio potest abjici.

[29] Ssp. I, 51. §. 4.

[30] Ssp. III, 81. §. 3. — Sächs. Weichb. Art. 4.

aus der abhängigen Stellung zum Vater herauszutreten und der väterlichen Hofstätte zu entsagen, da seine Anerkennung als berechtigtes Mitglied des neuen Lehenvereins nicht von der Gaueingesessenheit abhing. Allein der engere Familienzusammenhang verlor doch damit seine Festigkeit nicht.[31] Noch immer war Blutsverwandtschaft der einzige Grund der Beerbung; es gab kein Testament, keinen Erbeinsetzungsvertrag, und das Erbrecht wurde daher als pretium sanguinis bezeichnet. Die Innigkeit des Familienbandes zeigt sich sowohl in dem Rechte ausgedehnter Vormundschaft des Ehemannes über Frau und Kinder, als in der Vormundschaft über die wegen körperlicher Mißgestalt erbunfähigen Mitglieder der Familie und in derjenigen des ältesten und nächsten Schwertmagen nach dem Ableben des Ehemanns. Das Erforderniß der Ebenbürtigkeit dieses Vormunds enthält eine weitere Anerkennung der Familienverbindung; war der Mann nicht ebenbürtig, so fällt nach seinem Tode die Vormundschaft über die kinderlose Wittwe ihrem eigenen nächsten Schwertmagen zu. Die Einheit der Familie erweis't sich endlich durch die Aufsicht, welche die Verwandten über den Vormund zu führen haben. Alle diese Bestimmungen sind aber nur gegeben, um die Rechte der Erben am Vermögen zu wahren, und treten daher außer Wirkung, wenn diese Vermögensrechte durch eine Handlung des Erblassers oder Vormunds nicht verletzt werden; so wenn der Erblasser Mönch wird oder der Vormund zugleich der nächste Erbe ist. Dies erklärt sich nur aus dem alten Zusammenhange der Familie und ihrer Rechte mit dem Grundeigenthum. Seine Stärke war freilich zum Theil gebrochen; allein das Festhalten des Einspruchsrechtes hat seinen Grund, ganz abgesehen von der gewiß wirkenden Rücksicht auf das faktische Ansehen, welches der Grundbesitz gewährte, und auf die Möglichkeit einer durch

---

[31] Man denke z. B. an die Bestimmung der friesischen Rechtsquellen vom J. 1446, wann ein Gut Erbgut sein solle (bei Richthofen S. 576 §. 7): wor ein man bote nympt, wan he dat gehatt hefft soes weken unde ein jar dar na schal dat arffgud wesen.

ihn bedingten höheren Stellung und äußeren Glanzes, der auch die Familie traf, doch wider hauptsächlich in dem Schutz, den der freie Eigenthümer eines Grundstücks sich selbst und seinen Angehörigen im Gerichte gewähren konnte. Dadurch wurde das echte freie Eigenthum, welches die Voraussetzung der Schöffenbarkeit bildete, nicht nur die Grundlage der Berechtigung des dermaligen Eigenthümers, sondern es bestanden schon rechtliche Wirkungen, die aus seinem Besitz für die Familie entsprangen; und zwar nicht blos eventuelle Successionsrechte, sondern auch processualische Berechtigungen. [32]

Der Schöffenbare, der das Hantgemal, die dingliche Grundlage seines Schöffenamtes, eben inne hat, braucht nur einem Genossen gegenüber dasselbe und seine Ebenbürtigkeit zu erweisen; der Mann dagegen, der is warteken an deme stule, dar si up schepen werden, zieht sich mit seinem Eide zu demselben. Auf diese aus dem Grundeigenthum entspringende Berechtigung der Familie weis't der Ausdruck: to den banken geboren sein, hin. [33] Wer schöffenbarfrei geboren wurde, der ist damit auch schon zu dem freien Grundeigenthum geboren, und um seine Schöffenbarfreiheit zu erhalten, muß ihm das Recht ein Mittel geben, die Voraussetzung derselben sich zu wahren. Denn nur derjenige kann im Gerichte des Grafen auftreten, der daselbst mit freiem unbelastetem Gute angesessen ist; wessen Eigenthum pflegbaft ist, der sucht des Schultheißen Gericht; wer gar kein Gut im Lande hat, nimmt und gibt Recht vor dem Gografen.

So läßt sich unschwer die Bedeutung des Grundeigenthums

---

[32] Ssp. III, 29. §. 1: Nen scepenbare man ne darf sin hantgemal bewisen, noch sine vier anen benümen, he ne spreke enen sinen genot kampliken an. Die man mut sik wol to sime hantgemale mit sinem eide tien, al ne hebbe he's under ime nicht. — Glosse zu III, 26: Hantgemal dat is dat gerichte, dar he schepen tu is, eder wesen scolde, of dar nen neger ut sinem slechte weredarumme — dat he, eder sine elteren mit der hant dar tu rechte gesvoren hebben, dat si des noch mal hebben, dat is warteken an deme stule, dar si up schepen werden.

[33] Ssp. III, 12. §. 13.

erkennen; aber die Keime ihrer Zerstörung ruhen schon im öffentlichen Leben der Zeit und entwickeln sich in der mehr factischen Richtung, welche jene Bedeutung nahm, wornach dasselbe zwar die Voraussetzung des Glanzes äußerer Stellung, jedoch nicht mehr den einzigen Grund rechtlicher Anerkennung bildete, also in der Losreißung der Freiheit vom Grundbesitz. Hierzu trat die Einwirkung der neuen Freiheit in den Städten, die nicht den Charakter der alten Gaueingesessenheit in dem Gegensatz der Freiheit und Unfreiheit — des freien und des belasteten Grundbesitzes — an sich trug, sondern die Idee des Staatsbürgerthums aus sich erwachsen ließ. In Verbindung damit wirkte die durch den städtischen Verkehr und den Aufschwung der Gewerbe erzeugte Werthsteigerung des Mobiliarvermögens, wodurch selbst der Freie ohne Grundbesitz dem freien Grundeigenthümer auch in der äußeren Stellung gleich treten konnte, nachdem von ihr die rechtliche sich getrennt hatte. Der Ueberrest der alten Freiheit, der einst so großartigen politischen Berechtigung, die das Grundeigenthum gewährt hatte, mußte verschwinden, nachdem in Folge der staatlichen Aenderung das Lehenwesen dem früheren Amte des Herzogs und Grafen die Erblichkeit und die rechtliche Anerkennung der Landeshoheit verschafft und dadurch die alte, aus der Gaueintheilung entsprungene Gerichtsverfassung gesprengt hatte. Denn nunmehr entwickelte sich eine neue Gerichtsorganisation, die sich vom Grundbesitz lostrennte und wie der ganze Rechtszustand der folgenden Zeit dem römischen Rechte und seinem nivellirenden Einflusse unterlag. Das römische Recht, dem durch die Staats- und Rechtsentwicklung in Deutschland selbst schon Bahn gebrochen war, zerstörte fast gleichzeitig die beiden großen Grundlagen der alten vermögensrechtlichen Verhältnisse, den unbedingten Vorzug der Immobilien im Sachenrecht und die alleinige Anerkennung der Succession kraft Geblüts im Erbrechte. Damit war von selbst auch die Zerstörung der alten familienrechtlichen Grundsätze gegeben.

III. Das Rechtsinstitut.

§. 23.

1. Charakter.

Der nächste Erbe eines Veräußerers hat als solcher ein dingliches Recht am Grundeigenthum desselben. Es charakterisirt sich als ein dingliches,[1] indem es die im vollen Eigenthum liegende freie Veräußerungsbefugniß lostrennt und dem nächsten Erben eine Einwirkung auf die Immobilie in der Art gestattet, daß er dieselbe bei mangelnder Consensertheilung von seiner Seite unter Rescission ihrer Veräußerung aus der dritten Hand revociren kann (cf. §. 28). Bestand, Ausübung und Verfolgbarkeit dieses Einspruchsrechtes bedürfen nicht der handelnden Dazwischenkunft und Leistung von Seite des Eigenthümers oder einer andern Person, sondern stützen sich lediglich auf eine unmittelbare rechtliche Gewalt, welcher als einem absoluten dinglichen Rechte, auch ohne ein verpflichtendes Factum, die negative Verbindlichkeit Aller entspricht, ihr durch ein widerrechtliches Veräußerungsgeschäft nicht entgegenzutreten und dadurch nunmehr zum bestimmten Gegner sich aufzuwerfen. Das Einspruchsrecht

---

[1] Urk. vom J. 1197 (Erath, cod. dipl. Quedlinb. Nr. 36 p. 107). Ein Enkel, der seines Großvaters Veräußerung, zu welcher der Vater zugestimmt hatte, anfechten will, wird abgewiesen: cum secundum consuetudinem terre et juris ordinem, vivente patre suo, in bonis aviti sui nihil juris haberet, suus super eo nullus requirendus esset consensus. — Urk. v. J. 1177 (Ludwig, script. Bamb. I. p. 1129): U. de K. et filii ejus fundum conjuncta manu obtulerunt, masculis et feminis (heredibus) ejusdem fundi proprietatem legitime justeque renunciantibus. — Urk. v. J. 1131. (Guden. cod. dipl. I. p. 98.): Huic traditioni A. frater — adeo voluntatem et assensum adhibuit, ut etiam bonis ipsis spontaneus et libens resignaret. Solche Urkunden sollen erbringen, daß schon ihre Verfasser eines dinglichen Verhältnisses sich bewußt waren, das, will man den Gesammteindruck der Quellen in eine der heutigen Anschauung entsprechende Rechtsform bringen, wohl allein zureicht, ihn nach allen seinen Beziehungen juristisch zu umfassen. — s. dagegen Gerber, System des deutschen Privatrechts. 5. Aufl. §. 81. Note 1.

ist aber auch zugleich ein höchstpersönliches Recht, indem seine Grundlage die Stellung des nächsten Erben, also ein persönliches Verhältniß, bildet. Denn es ist an den nächsten Erben als solchen in einer Weise geknüpft, daß es mit dieser Stellung erworben wird, sich schlechthin auf dieselbe stützt und somit im Streite durch ihren Beweis als legal dargethan wird, endlich durch den Tod oder irgend einen andern Austritt aus derselben (s. §. 27 i. f.) erlischt, ohne ein veräußerliches oder vererbliches Recht zu bilden.

Aus diesem Charakter des Einspruchsrechtes ergeben sich mit Nothwendigkeit folgende Grundsätze:

1) Veräußerungen von Grundeigenthum, die ohne Zustimmung des nächsten Erben erfolgten, sind an sich zwar gültig und vollkommen existent, können aber durch den nächsten Erben angefochten und vernichtet werden. [2]

2) Nicht der Veräußerer selbst kann das Geschäft angreifen, sondern nur der Erbe, dem hierzu das Recht eingeräumt ist. [3]

3) Weil das Geschäft an sich gültig ist, können für dasselbe Bürgen bestellt werden. [4]

4) Die Veräußerung muß eben deshalb, damit sie ihre Wirkung verliere, mit einer Klage umgestoßen werden (s. §. 28).

---

[2] Schwsp. c. 22. I.

[3] Ssp. I. 52. §. 1: — Gift he't weder rechte sunder erven gelof, die erve underwinde 's sik mit ordelen, als of he dot si jene de 't dar gaf, so he 's nicht geven ne mochte. — Das Goslarer Stadtrecht drückt dasselbe durch breken mit rechte aus, weil durch die Klage des Erben ein Bruch der Veräußerung entsteht.

[4] Urk. v. J. 1232. (Haltaus, glossar. s. v. Erbgut S. 364): Deinde in W. et in D. curtes, cum consensu uxoris et natorum, B. Mariae — pleno jure — tradet — et promittet, quod a festo Joh. Bapt., proxime venturo, usque ad annum, Ludivicum, filium suum, qui nunc ab eo dissentit, ad hoc inducat cum effectu, ut — consentiat. — Urk. v. J. 1335 (Haltaus l. c.): proprietatis meae aream unam — vendidi ecclesiae, heredibus meis scil. uxore G., filiis O. J. B. — voluntatem suam praebentibus et assensum. Pro filio vero meo H. fidejusserunt dicti filii mei O. et J. et B., quod — facto patris nullatenus contradicat.

5) Endlich kann dieselbe gültig bleiben und ihre Anfechtbarkeit enden, wenn der zur Anfechtung berechtigte Erbe sie entweder ratihabirt oder auf sein Recht verzichtet (s. §. 27) oder die Zeit, innerhalb welcher ihm die Befugniß zur Anfechtung zusteht, verstreichen läßt (s. §. 28).

6) Unanfechtbar ist demnach ein Veräußerungsgeschäft über Immobilien von Anfang an dann, wenn der Erbe zugestimmt hat und, da jede Uebertragung dinglicher Rechte an denselben gerichtlich vollzogen werden muß, die gerichtliche Auflassung erfolgt ist.[5]

Dadurch, daß der Erbe zu einer Veräußerung zustimmt, wird der Uebergang des Grundstücks aus dem Vermögen des künftigen Erblassers in die Rechtssphäre eines andern ermöglicht. In der Handlung des Erben liegt einerseits das Aufgeben seines gegenwärtigen Einspruchsrechtes; andererseits verliert er aber auch die Aussicht, einmal in das Grundstück zu succediren. Ein Erbverzicht liegt freilich nicht darin.[6] Denn daß durch die Zustimmuug des nächsten Erben in die Veräußerung einer Immobilie diese seinem künftigen Erbrechte entzogen wird, weil sie eben nicht mehr in die Hinterlassenschaft kommen kann, ist eine der factischen Folgen des Rechtsgeschäftes der Veräußerung, durch welche die Annahme eines Erbverzichts noch nicht begründet wird. Von diesem Gesichtspunkte ausgehend könnte man mit demselben Rechte in jeder Veräußerung einen Erbverzicht finden.[7]

---

[5] Ssp. I. 52, §. 1; 34, §. 1; 21, §. 1.; 45, §. 2. — Schwsp. c. 24. 39. 74. — Richt. St. (Unger) c. 25. — Schles. L. R. c. 56.

[6] Auch Siegel. das deutsche Erbrecht, 1853, §. 32 betrachtet das Einspruchsrecht des nächsten Erben als einen Erbverzicht und gelangt, hiervon ausgehend, zu einer eigenthümlichen Auffassung des deutschen Erbrechts.

[7] Siegel stellt auch §. 32 Erbverzicht und Erbverlust neben einander. Allein jede Veräußerung von Fahrhabe würde unter den Gesichtspunkt wenigstens eines Erbverlustes fallen und man sieht dann nicht ein, warum, da nach Siegel zwischen dem Erbrechte und dem Einspruchsrechte des nächsten Erben, das er Wartrecht nennt, ein innerer nothwendiger Zusammenhenhang ist, dieser bei Mobilien sich nicht findet. — Der Ausdruck „Wartrecht" kann als ein gelungener nicht erscheinen. Das Warten auf eine künftige Erbschaft be-

Das Charakteristische des deutschen Erbrechts besteht nicht darin, daß es schon bei Lebzeiten des künftigen Erblassers beginnt, — ein Satz, der sich weder aus der Natur der Sache, noch aus den Quellen darthun läßt; — sondern darin, daß ihm die Repräsentation der Person des Erblassers und die Idee der Universalsuccession fremd geblieben ist und der Erbe ohne vermittelnde Handlung von seiner Seite mit dem Tode des Erblassers zu den einzelnen Gegenständen des Nachlasses in der Weise des Erblassers berechtigt wird. Das Erbe im weitesten Sinne ist deshalb nichts anderes als die Hinterlassenschaft, d. h. alle Vermögensstücke, die beim Tode eines Menschen übrig sind.[8]

Das Charakteristische des Einspruchsrechtes der nächsten Erben besteht in seiner dinglichen Natur, aber nicht darin, daß in demselben ein Beginn des Erbrechts liegt. Durch dasselbe wird keineswegs das Erbrecht, welches die Rechte, wie sie der Erblasser einzeln besaß, als einzelne auf den Erben übertrug, schon zu Lebzeiten des Erblassers begründet und wirksam;[9] sondern es ist das Recht des nächsten Erben ein rein dingliches Recht, ein jus in re aliena, dessen Inhalt in der Beschränkung des Eigenthümers durch die Lostrennung der freien Veräußerungsbefugniß aus dem Begriffe des Eigenthums an Grundstücken besteht. Willigt daher der Erbe in eine Veräußerung, so liegt darin ein Verzicht desselben auf die ihm zu Lebzeiten des künftigen Erblassers bereits zustehende dingliche Berechtigung, die Veräußerung einer Immobilie zu verhindern, aber nicht ein Verzicht auf ein eventuelles, erst nach der todten Hand dem Erben zustehendes dingliches Recht an der Sache.[10]

---

zeichnet mehr einen rein factischen Zustand, weniger eine rechtliche Handlung. Das Recht des nächsten Erben ist aber nicht ein bloses Warten. Zugleich liegt in dem Ausdruck Wartrecht die Auffassung des Einspruchsrechtes als Keim des Erbrechts (s. oben Anm. 1).

[8] Ssp. I. 6, §. 1: Mit svelkeme gude de man bestirft, dat het allet erve.

[9] cfr. Siegel l. c. S. 6 mit S. 89.

[10] cfr. Siegel l. c. §. 2. S. 6 mit §. 44, S. 125. — Wollte man sich der S. 88 ausgesprochenen Ansicht bequemen, „daß das Wartrecht nicht bestimmt sei, um seiner selbst willen fortzubestehen, sondern dazu, daß aus ihm

Da das deutsche Erbrecht keine Universalsuccession kennt, so versteht es sich von selbst, daß die blos persönlichen Schuldverhältnisse des Erbblassers nicht auf den Erben übergehen und daß dieser daher weder mit seiner Person noch mit seinem eigenen Vermögen für sie einzustehen hat. Aber auch mit den Immobilien des Nachlasses brauchte er nicht zu haften, da eine Belastung derselben durch den Erblasser ohne seine Zustimmung rechtlich nicht wirksam war. Es blieben also nur die Mobilien zur Befriedigung der im Nachlaß vorhandenen Schulden übrig. Aus demselben Grunde der mangelnden Idee einer Vermögenseinheit im Nachlasse entsprang die Art der Succession in die einzelnen Vermögenstheile. Der Erbe succedirte nicht in die Gesammtheit des Vermögens; ihm fielen die einzelnen Rechte des Erblassers zu, wie sie diesem zugestanden hatten. [11] Allein die Zersplitterung geht nicht so weit, daß nunmehr in jedes einzelne Recht als solches succedirt würde; vielmehr zerfällt der Nachlaß in verschiedene Gütercomplexe, das Heergeräthe, die Gerade, das Erbe im eigentlichen Sinn, an deren vereinigten Gegenständen [12] der betreffende Erbe im Momente des Todes die Rechte des Erblassers erhält. Danach vertheilen sich denn auch die Schulden und Forderungen, die also nicht außerhalb des Nachlasses eine von ihm getrennte Existenz führen, sondern entweder als auf ihm ruhende Last denselben rechtlich vermindern oder als in ihm liegende Berechtigung vergrößern. Schon damit, daß der Erbe im Nach-

---

ein anderes Rechtsverhältniß hervorgehe", so könnte man nur schließen, ein Recht, welches nicht um seiner selbst willen besteht, habe keine andere Funktion, als um eines andern Rechtes willen da zu sein. Ist dem so und ist also das accessorische Recht des nächsten Erben ein bloses Schutzrecht des Erbrechts, so kann es nicht zugleich dieses sein. Das von Siegel s. g. „Erbrecht nach der todten Hand" kann also nicht „die Spitze bilden, in die ersteres nur ausläuft." Beide Rechte sind nicht nur der Zeitfolge und dem Umfange (S. 69), sondem Charakter nach von einander verschieden. Trägt das Recht des nächsten Erben in sich einen selbständigen dinglichen Inhalt, was Siegel annimmt, so ist es kein Erbrecht.

[11] s. Gerber, System des deutschen Privatrechts §. 248, Note 2 und 11.

[12] Siegel drückt sich l. c. S. 167 so aus: „es consolidiren sich sämmtliche zu den Gütercomplexen vereinigten Gegenstände."

laß auch Schulden[13] und Forderungen[14] bekommt, ist der Begriff des Erbrechts als einer dinglichen Berechtigung, die, schon zu Lebzeiten des Erblassers begründet, nach dem Tode desselben nur wirksam wird, ausgeschlossen. Noch weniger aber kann man das Erbrecht als das nach dem Tode des Erblassers zustehende dingliche Recht am Grundeigenthum auffassen, weil sich weder Forderungen noch Schulden noch Mobilien aus dem Nachlaß verstoßen lassen. Freilich soll die fahrende Habe kein Gegenstand des Erbrechts sein; sie folgt nur dem Grundeigenthum.[15] Hat aber dieser Ausdruck juristischen Sinn, so kann er nur bedeuten, daß Fahrhabe eben auch Gegenstand des Nachlasses ist und vererbt wird, also zur Erbschaft gehört.[16] Denn

---

[13] Ssp. I. 6. §. 2: Sve so dat erve nimt, die sal dur recht die scult gelden also vern, als it erve geweret an varender have.

[14] Ssp. I. 6. §. 4: Man sal ok den erven gelden, dat man deme doden sculdig was. Man wird hieraus wohl kein dingliches Recht des Erben auf diejenigen Gegenstände, die erst erworben werden sollen, construiren können, wie dies Siegel S. 75 thut.

[15] s. Siegel l. c. S. 151.

[16] Liegt dagegen hierin eine Andeutung jenes Satzes, daß die Gewere an Immobilien zugleich die an den darauf befindlichen Mobilien enthalte, oder, wie Siegel sich ausdrückt, daß die Fahrhabe „Zubehör," Pertinenz des Grundeigenthums sei; so läßt sich ein sogleich mit dem Tode des Erblassers wirksames Eigenthumsrecht des Erben an den einzelnen Mobilien der Gerade und des Heergeräthes und an den Mobilien der Frau nicht begreifen. Diejenige Fahrhabe, die auf Grundstücken der Frau sich zufällig befand, hätte nicht dem Mann sondern den Erben der Frau zufallen müssen und es hätte sowohl bei ihr als bei Heergeräthe und Gerade erst einer Tradition von Seiten des Erben der betreffenden Immobilie, deren Zubehör sie bei dem Tode des Erblassers bildete, bedurft, um demjenigen, der Anspruch auf sie hatte, Eigenthum zu verschaffen. Abgeschichtete Kinder können das Gut, mit dem sie abgetheilt wurden, einwerfen; auch Mobilien werden dann im Nachlaß vertheilt. Wie aber soll man hier den Ausdruck: Mobilien folgen den Immobilien deuten? Diese Ansicht verträgt sich endlich nicht mit Siegels eigenen Aussprüchen. Denn in N. 269 wird ausdrücklich erwähnt, daß im Mittelalter unter Eigen nie das bewegliche Gut mitbegriffen sei, das „Wartrecht" insbesondere wird in Ssp. I. 52 auf Eigen beschränkt, und doch sind im Erbrecht, der „Spitze des Wartrechts", unter Eigen auch wieder Mobilien zu begreifen. Obgleich ferner die fahrende Habe als „Zubehör" (s. §. 29 und S. 74) „dem unbeweglichen

nirgends findet sich eine Andeutung, daß Mobilien im Erbrecht als Zubehör der Immobilien gelten und also nicht zum Erbe im eigentlichen Sinn gehören sollen; nirgends eine Spur davon, daß nicht Schulden und Forderungen, sondern die geschuldeten und zu fordernden Gegenstände als rechtlich außerhalb der Erbmasse oder in derselben befindlich erscheinen. Gegen diese Theorie spricht schon der Ausdruck Erbe, unter dem auch Mobilien verstanden werden.[17] Denn Erbe ist der Nachlaß.[18] Der Mangel der Universalsuccession berechtigt nicht zu der Annahme, daß das unmittelbar durch den Tod entstehende Recht auf die einzelnen Gegenstände des Nachlasses immer und in jedem Falle ein dingliches sei, noch weniger ein dingliches Recht nur am Grundeigenthum. Mag man aber einmal davon absehen, daß sich juristisch nicht begreifen läßt, wie alle auf einer Immobilie befindlichen Mobilien Pertinenz oder[19] Accession derselben sein sollen, so würde man doch wohl nur diejenigen Mobilien als in diesem Verhältniß stehend annehmen können, die im Augenblicke des Todes des Erblassers auf der Immobilie sich befinden, nicht aber auch solche, die erst dazu kommen sollen, die vielleicht noch gar nicht existiren, sondern auf die man

Gute folgt" (S. 151), steht sie dennoch in andern Rechtsverhältnissen, als die Hauptsache, deren Nebensache sie juristisch bilden soll; denn an ihr beginnt das Erbrecht nicht mit derselben Zeit, wie an der Hauptsache, sie steht vielmehr nicht im Erbenverhältnisse. So S. 109.

[17] Ssp. I, 5. §. 1; 17. §. 1; 30; 33. II, 31. §. 1; 41. §. 2. III, 72; 73. §. 1 wird kein Unterschied unter den einzelnen Gegenständen gemacht; I, 5. §. 2. und 3.; 19. §. 1.; 24. §. 3: Svat so boven dit benomde ding (d. h. Mußtheil, Morgengabe, Gerade und Heergeräthe) is, dat hort al to'me erve. — cfr. Richt. L. R. c. 10 (Senkenb. p. 139): Wa verre hie die witlike Schulde gelden sulle? Alse verre dat erve weret an varender Habe. — Aller Nachlaß des Pfaffen ist nach Ssp. I, 5. §. 3 Erbe; erve tritt in Gegensatz zu egen gut, und I, 15. §. 1 bedeutet erve gut die geerbte fahrende Habe, wie denn zu den Erbgütern nach einigen Stadtrechten auch Mobilien gezählt werden.

[18] Ssp. I. 6. §. 1.

[19] Denn mit beiden Begriffen nehmen es die Anhänger dieser Theorie nicht genau.

erst eine Forderung hat. Entweder haften diese Forderungen gleichfalls am Grundeigenthum, wie die Mobilien, oder muß man annehmen, daß dem Erben durch sein Grundeigenthum auch eine dingliche Berechtigung — denn das Erbrecht ist ja blos eine solche — auf die Gegenstände zukomme, die erst durch Realisirung der in dem Nachlaß befindlichen Forderungsrechte auf seine Immobilien hereingeschafft werden sollen. Und wie dann, wenn ein solches Forderungsrecht gar nicht auf einen körperlichen Gegenstand, sondern auf eine Handlung geht? So würde schließlich die Auffassung des Einspruchsrechts der nächsten Erben als eines Erbverzichts zu der Unterscheidung mehrerer Erbrechtsarten nach deutschem Rechte führen,[20] deren juri-

[20] Siegel, der zu diesem Resultate gelangt, nimmt zwei Arten an: das eine Erbrecht, das er §. 55. S. 165 das gemeine nennt, ist das „dem Berechtigten mit dem Tode des Erblassers zustehende dingliche Recht an dem dem letzteren bei seinen Lebzeiten rechtlich zugehörigen Grundeigenthum". (§. 2. S. 6.) Dieses Erbrecht beschränkt sich aber nicht auf die hinterlassenen Stücke nach der todten Hand, sondern beginnt in dem „Wartrechte", d. h. in „dem bei Lebzeiten des Erblassers dem Erben zustehenden dinglichen Rechte an dem dem letzteren (bei seinen Lebzeiten) zustehenden Grundeigenthum" (cfr. §. 3. mit §. 33. bei Siegel l. c.). Nach diesen beiden Definitionen Siegels wäre nun freilich das gemeine Erbrecht nichts anderes, als das Wartrecht des Erben selbst. Letzteres hieße eben mit dem Tode des Erblassers nun Erbrecht. Deutlicher könnte nichts die Unhaltbarkeit dieser Zusammensetzung an den Tag legen, ganz abgesehen davon, daß die gegen den Charakter des deutschen Erbrechts verstoßende Beschränkung desselben auf Grundeigenthum in derjenigen Fassung, die ihr Siegel durch seine Definition gegeben, noch unwahrer wird. Denn das Erbrecht umfaßt keineswegs all diejenigen Grundstücke, die dem Erblasser während seines Lebens einmal „rechtlich zugestanden" hatten. — Neben diesem gemeinen Erbrecht besteht ein schon der Beschaffenheit des Rechts nach sehr verschiedenes Erbrecht an der Gerade und dem Heergeräth. (l. c. §. 55.). Es ist ein besonderes, singuläres Erbrecht deßhalb, weil sich sein Begriff auf die Zeit nach dem Tode beschränkt und ihm kein „Wartrecht" vorausgeht (s. S. 166), da es zu Lebzeiten des Erblassers rechtlich an seinem Gegenstande fehlt, wenn er auch faktisch schon vorhanden sein mag. Allein es fällt auf, wie einige Zeilen später (s. S. 167) dieser ganze Begriff des singulären Erbrechts wieder umgestoßen wird, indem auch dieses Erbrecht schon zu Lebzeiten des Erblassers beginnt, sobald er nur die Fähigkeit der Verfügung über sein Gut verliert. Das geschieht aber dadurch, daß er auf das Siechbett kommt. Der Unterschied besteht also nicht da-

stlicher Charakter ein durchaus verschiedener wäre, eine Annahme, bei der es wieder in denjenigen Rechten, die das Einspruchsrecht auf Erbgut beschränken, an einem verbindenden Mittelgliede fehlte, um sich die Vererbung der bona acquisita zu erklären,[21] und ferner in denjenigen, die es nur der Descendenz oder gewissen Graden der Seitenverwandtschaft einräumen, für die übrigen Erben ein weiteres singuläres Erbrecht zu construiren wäre.

Der Ausdruck so vieler Urkunden: consenserunt et renuntiarunt beweis't nichts für die Auffassung des Einspruchsrechtes als eines Erbverzichts. Denn das Wort renuntiarunt bezieht sich auf das schon jetzt dem Erben zustehende dingliche Recht an der Immobilie des Erblassers.[22] In der Einwilligung zu einer Veräußerung liegt ein Aufgeben dieses Rechtes, nicht allein ein bloßer Verzicht auf die eventuelle Succession. Das

---

rin, daß das singuläre Erbrecht erst nach dem Tode beginnt, das gemeine schon zu Lebzeiten des Erblassers; sondern darin, daß Siegels gemeines Erbrecht schon mit der Geburt des künftigen Erben entspringt, während das singuläre Erbrecht nach dem Texte vor Note 697 erst dann entsteht, wenn der Erblasser krank wird und stirbt, während es wieder erlischt, wenn er gesund wird.

[21] Unter Siegels Begriff des gemeinen Erbrechts können sie nicht subsumirt werden, weil an ihnen kein „Wartrecht" bestand, zu Heergeräthe und Gerade zählen sie aber nicht. Läßt man sie deßhalb nicht etwa als Pertinenz der Erbgüter vererben, so hat man für sie ein neues singuläres Erbrecht nöthig. — Das Alles ist nur die Consequenz des an die Spitze gestellten Satzes, daß das Einspruchsrecht ein Erbverzicht sei.

[22] Der Beweis dafür liegt in den Quellen; s. Urk. v. 1177 (Ludwig, script. Bamberg. I. p. 1129): U. de K. et filii ejus etc. conjuncta manu obtulerunt, masculis et foeminis ejusdem fundi proprietatem renuntiantibus. — Urk. v. 1324. (Grupen, Orig. Pyrm. p. 117): data fide, quod, cum ad aetatem legitimam venerint, debebunt nostrae donationi — voluntarium adhibere consensum et similiter in judicio renuntiare omni jure, quod eis in hujusmodi competebat. — Urk. v. 1131 (Guden, cod. dipl. I. p. 98): Huic autem traditioni A., frater ejusdem dominae, qui ad id allodium jure hereditario respiciebat, adeo voluntatem et assensum adhibuit, ut etiam bonis ipsis spontaneus et libens resignaret. — Urk. v. J. 1174 (Günther, cod. dipl. Rhen. Mos. p. 412. n. 193.): consentientibus filiis et propinquis ejus, e quibus H., unus filiorum, in praesentia rerum juri suo renuntiavit. — Gleicher Art lautet eine Menge anderer Urkunden.

renuntiare ist aber die nothwendige Folge der Zustimmung in die Veräußerung.[23]

Endlich würde diese Auffassung dem Begriffe des Erbverzichts entgegenstehen. Durch den Erbvertrag wird nicht über die Gegenstände der Hinterlassenschaft, nicht etwa gar über ihr Eigenthum oder ihren Besitz, sondern über das Recht zu erben eine Disposition getroffen. Sein Gegenstand ist die Beerbung; Erbverzicht ist deshalb nichts, als das freiwillige Aufgeben derselben. Nun gibt es zwar im deutschen Rechte keine Delation und man kann daher nicht sagen, daß der Erbverzicht die Delation betreffe; wenn aber troß der rechtlichen Natur des Nachlasses, nach welcher er sich nicht zu einer Einheit zusammenschließt, sondern aus den einzelnen Sachen und Rechten, wie sie dem Erblasser zustanden, besteht, dennoch die dissolute Masse desselben sich im Augenblicke des Todes zu bestimmten Gütercomplexen vereinigt, so erhält der Erbverzicht juristisch die Bedeutung, für den künftigen Todesfall dem Erbesein rücksichtlich eines solchen Gütercomplexes zu entsagen. Solch ein Erbverzicht findet sich im Sachsenspiegel I, 13, §. 1 u. 2 mit der Abfindung der Kinder aus den väterlichen Gütern zu Gunsten der unabgeschichteten Kinder verbunden.[24] Aus demselben Begriff des

---

[23] Deßhalb redet auch der Sachsensp. nur von der Erben gelof. Daß die Beifügung des Wortes renuntiarunt nichts Wesentliches war, erhellt aus einer Menge von Urkunden, in welchen des consensus allein Erwähnung geschieht. S. Urk. a. 1324. (Grupen, Orig. Pyrm. p. 117): de heredum nostrorum filiorum nec non uxoris et filiarum nostrarum bene placito et consensu voluntario legitime donavimus. — Urk. v. 1323. (Avemanni Hist. Burggrav. Kirchberg. III. p. 191.): de consensu dilectorum fratrum nostrorum, A. et H., heredum nostrorum. — Urk. v. J. 1328 (Mathaei Tr. de j. gladii p. 405): J. de B. etc. testantur, se jus omne in bonis competens vendidisse de consensu et libera voluntate omnium heredum ac coheredum meorum. — Urk. v. J. 1272. (Leukfeldi antiqu. Walkenrid. p. 409): Ad hanc donationem et collationem A. filia nostra cum aliis nostris pueris praenumeratis consensum adhibuit et assensum. — Urk. v. J. 1318 (Pufendorf, observ. I. app. p. 138): dat wy und unse rechte anerben — mit ghudem wyllen hebbet vryg ghegheven. — In dieser Art drückt sich eine große Reihe von Urkunden aus.

[24] Siegel l. c. §. 44. wendet gegen diese Annahme hauptsächlich ein, daß

Erbverzichts als eines Vertrags über die Beerbung folgt, daß derselbe stets ein negotium mortis causa ist. Bei einer Veräußerung von Grund und Boden dagegen handelt es sich einerseits auch um eine einzelne Sache, nicht um einen Complex von Sachen; andererseits nicht immer um ein negotium mortis causa, nicht um eine Beerbung, sondern um die unanfechtbare Uebertragung des Grundeigenthums, das inter vivos weggegeben oder belastet werden soll. Selbst die Vergabung von Todes wegen begründet ein sogleich wirksames Rechtsverhältniß, das mit der Auflassung beginnt und vom Tode des Erblassers rücksichtlich seiner Entstehung unabhängig ist; daß durch dieses Geschäft ein Verzicht des Erben auf sein Recht, die Sache einst zu erben, erreicht werden sollte, läßt sich nicht erweisen. Wollte man endlich selbst annehmen, daß der Erbverzicht ursprünglich ein Verzicht auf die einzelnen Gegenstände des Nachlasses und nicht auf die Beerbung gewesen sei, weil es einer Delation im alten Recht nicht bedurfte, — was übrigens nichts zur Sache thut; so würde es am Object des Verzichtes, nämlich am Nachlasse fehlen, zu welchem wenigstens zu Lebzeiten des künftigen Erblassers die Gegenstände seines Vermögens nicht gehören können. Denn wenn der Erblasser eine Grundrente auf sein Gut legt und die Erben zustimmen, so enthält diese Handlung wohl einen Verzicht von ihrer Seite auf das Recht, auch eine theilweise Veräußerung des freien Grundeigenthums zu verhindern, nicht aber einen Erbverzicht. [25]

---

durch eine Abschichtung die Kinder nicht aus dem Erben- oder Verwandtschaftsverhältniß getreten seien. Das geschah aber doch gewiß auch nicht bei der Consensertheilung des Erben zu Veräußerungen von Grundeigenthum und dennoch soll sie der einzige Erbverzicht sein. Siegel übersieht, daß Ssp. I, 13 nur von einem Verzicht redet, der gegenüber den Eltern zu Gunsten der nicht abgesonderten Kinder, nicht mit Bezug auf das ganze Vermögen für immer ausgesprochen wird. Damit erledigt sich N. 513. Ueber den Einwurf, daß Ssp. I, 13. §. 2. nicht einen Erbverzicht enthalte, sondern einen Verzicht auf die Erbtheilung, s. Eichhorn, R. G. II. §. 371 No. f. und Anmerkung zu §. 373.

[25] Urk. v. J. 1343 (Haltaus l. c. S. 363): honestus famulus O. de W., filius B. militis, recognovit publice protestando, quod cum consensu

§. 24.
2. Subject.

Aus der Menge von Urkunden, die der Zustimmung der Erben ohne bestimmte Begrenzung erwähnen und den consensus omnium heredum, ja sogar den consensus omnium natorum et innatorum oder die Zustimmung der heredes legitimi, praesentes et successuri, mediati et immediati, der heredes et coheredes enthalten, läßt sich ein Princip nicht gewinnen. Denn die Urkunden selbst sprechen aus, daß sie alle Erben aufzählen, deren consensus de jure vel de facto requirendus fuerat.[1] Es leuchtet aber ein, daß hier eine bestimmte Grenze sein mußte, innerhalb welcher die Verzichtleistung der Erben auf ihr Einspruchsrecht zur Gültigkeit einer Veräußerung nothwendig war, nicht blos im Interesse des Veräußerers und Erwerbers, sondern überhaupt um der Rechtssicherheit und insbesondere der Rechtsgleichheit bei Schöffenurtheilen willen. Der Veräußerer mußte sich gewiß sein, daß er sein Grundstück auf rechtlich unanfechtbare Weise veräußert habe und deshalb den Gefahren einer Eviction oder etwaigen Conventionalstrafe begegnen, der Erwerber, daß er im sichern Genusse des ihm übertragenen Gutes verharren könne. Der Schöffe hatte, um einen vor ihn gebrachten Rechtsfall zu entscheiden, zu wissen, mit welchem Grade der Verwandtschaft das Einspruchsrecht ende. Von selbst versteht es sich, daß keineswegs nothwendig die Erben aller Parentelen und Grade, soweit sie zur Succession überhaupt befähigt waren, zu der einzelnen Veräußerung beizuziehen sein konnten. Das wäre selten möglich gewesen und hätte nie Be-

---

et libera voluntate M. suae uxoris et B. filii ipsorum, nec non omnium heredum, — quorum consensus fuerat adhibendus, religiose Domine Lutgardi de Gh. moniali in Bersen duos molteros soliginis ad annuam pensionem de bonis suis etc. vendidit.

[1] Urk. v. J. 1335. (Leyser, diss. de jure legit. §. II.): Huic venditioni consensus filiae meae A. non oportuit ut adesset, quia, cum eam nuptui traderem, hereditati meae penitus renuntiavit, audientibus boni testimonii viris, qui ejus nuptiis affuerunt.

stimmtheit und Sicherheit verschaffen können. Allein bis zu welchem Grade der Verwandtschaft das Einspruchsrecht ging und wer innerhalb der berechtigten Grade im einzelnen Fall dasselbe auszuüben hatte, ist in den Quellen mit Bestimmtheit nicht überall ausgesprochen.

Das schlesische Landrecht[2] enthält eine ausdrückliche Beschränkung des Einspruchsrechtes auf die Descendenz. Dieselbe Beschränkung findet sich in den Göttinger Statuten[3] und in einer Urkunde[4] Kaiser Philipps von Schwaben a. 1209. Das Statut von Zeeland[5] läßt von der Seitenlinie nur bestimmte Personen zu. In der Naumburger Probstei[6] galten blos die Schwertmagen als zum Widerspruch berechtigt.

---

[2] Schles. L. R. c. 77: Wenne man eigin nichte muse gebin. Ane erbin gelob. und ane echte dink en mak nymant seyn eygin noch syne leute vorgebin. das ist also czu vernemen das keyn man mak vorgebin syn anirstorben gut ane syner elichen kinder wille. Hette abir eyn man nicht eliche kinder und hette geswisterede adir andir moge und mogynne, mit den her gesundirt unde geteilet were dy mogen Im nicht geweren syn erbe noch syn gut czu vorgebin. — Vgl. auch bayr. L. R. (Heumann opusc. p. 81).

[3] Seidenstiker observ. et anecd. Part. 1. Jen. 1809. 4. pag. 13.

[4] (s. Haltaus l. c.): notificamus, quod quivis homo nobilis aut liber, carens proprinquioribus coheredibus, scilicet uxore et pueris, rite potest in praedio suae proprietatis ecclesiam fundare et instruere, non obstante, si reliquorum heredum quis reclamaret.

[5] Statut a. 1256. (Mieris, Charterb. I. p. 307) art. 91: quicumque terram suam vendere voluerit, praebebit eam per tres dominicos fratribus suis et sororibus suis, vel filiis eorundem, patruis suis, avunculis, materteris et amitis, et non ulterius. Si emere voluerint, emant sicut extranei.

[6] Urkunde Bischofs Heinrich von Naumburg v. J. 1307 (Haltaus l. c. S. 1403): Welch man in derselben Probstey sein guth vonn willen ader von noth vorkeuffet, wen der gestarb, sein neheste von des Vaters Sippe, ab her wolde der gabe unseme Voyte zcu O. unde dem Probeste zcu N. gutis recht und sprach das guth an, Darnach mit Urteyle — ward dem ansprechere das gut erteylet und der keuffer mochte sich nicht met cheiner gewere behelffen. — cfr. Jütsch. Low. I, 34. (unten §. 25. No. 21.) — Der Verm. Ssp. I, 39, 12: Abir an sinen gewunnen Gute let her is

Die Ausdrücke der Urkunden weisen aber dahin, daß Gewohnheitsrechte verschiedenen Brauch erzeugt hatten. [7] Hieraus erklärt sich die Unbestimmtheit der Rechtsbücher. Denn bei ihrem Bestreben, aus dem Rechtszustande der einzelnen Territorien das Gemeinsame hervorzuheben, mußten sie diese Frage unerledigt lassen.

Allein soviel erhellt sowohl aus den Urkunden als aus allgemeinen Gründen, daß unter der zum Einspruch berechtigten Verwandtschaft die Nähe des Grades entschied und nur der zur Zeit einer Veräußerung nächste Erbe rechtlich in Betracht kam. Hierfür läßt sich freilich nicht Sachsenspiegel I, 21, §. 2 geltend machen: Liftucht ne kan den vrowen neman breken, neweder naborne erve, noch neman uppe den dat gut irstirft. [8] Es erhellt aus dieser Stelle einerseits

an ir aller Wille unde mit Rechte — verlangt keineswegs die Zustimmung aller Erben zu Veräußerungen von Erbgut, wie Sydow (Erbrecht nach dem Ssp. N. 603 a. E.) behauptet, was schon aus dem Verm. Ssp. I, 47, 13 hervorgeht.

[7] z. B. Urk. v. 1324. (Haltaus l. c. S. 366): Verum quia W. filius noster et filia nostra L. nomine, in annis adhuc puerilibus constituti, ad haec consensum adhibere non poterant, qui posset aut deberet secundum jus patriae validus reputari. — Urk. v. 996 (eod.): Post ejus mortem altera filia — hanc partem exposcens dicensque, quod pater ejus secundum saxonicam legem absque ejus consensu et licentia nullam potuisset facere traditionem. — a. 1088. (Haltaus l. c. S. 367): G. — matrem suam — praesentavit, — quae ex lege Saxonum donationem confirmavit. — Urk. v. 1256 (Becmanni hist. Anhalt. I. p. 550.): Cumque secundum jura terre nostre fuisset ab hominibus illis — diligentius perquisitum, si donatio esset facta juste. — Urk. v. 1089. (Grupen antiqu. Hannov. p. 113.): Anno 1089 venit R. in mallum — ibique coram L. multisque nobilibus et liberis, Angaricae legis peritis, traditionem — corroboravit. — eod. S. 39 hec traditio — secundum legem patrie corroborata est.

[8] Eichhorn. R. G. II. §. 359. S. 642 N. c. — Albrecht, Gevere §. 22. S. 227. N. 604. — Siegel l. c. Letzterer folgert aus dieser Stelle noch weiter, daß innerhalb des gesammten Verwandtschaftskreises immer dem nächsten Erben und nur diesem der Einspruch zugestanden habe. Daß sie dies nicht enthält, ergibt sich aus dem Schles. L. R. c. 39, welches diese Stelle des Ssp. wörtlich wiederholt, das Recht zum Einspruch aber auf die Descendenz beschränkt.

nur, daß nachgeborne Erben kein Recht hatten, eine gültige Veräußerung anzugreifen, daß diese vielmehr durch die Consensertheilung der jedesmal nächsten Erben vollkommen gültig wurde, demnach nicht absolut alle Verwandte als solche das Einspruchsrecht hatten; andererseits daß derjenige, der das Eigenthum des Guts erlangte, dadurch nicht das Recht bekam, die einmal gültig constituirte Leibzucht zu brechen. Daß aber der jedesmal nächste Erbe das Einspruchsrecht allein besaß, findet sich in der Stelle nicht ausgesprochen. Denn hat derjenige, auf den das Gut erstirbt, zu der Auflegung der Leibzucht beigestimmt oder war er zum Widerspruch nicht berechtigt, so kann er das Geschäft nicht angreifen. Hat er aber nicht zugestimmt, während sein Consens nothwendig war, so kann der Anfechtung von seiner Seite nichts im Wege stehen, als die Klagverjährung. Folgende Stellen dagegen sprechen deutlich den aufgestellten Satz aus:

Goslar. Stat. (Göschen) p. 28, 28—33: Let en ervegut oder bekomeret he dat sin neyste erve vulbordet; de an der sibbe vernere ist, de mach dat nicht weder spreken: is aver der erven twene oder dre oder mer de to dem erve libe sibbe sin, de ne wilkorên dat alle, so ne mach he des nicht laten.

Verm. Ssp. I, 47, 13 (Ortloff): Leth einer gud adder verkummert is, do siner nester erbe willen hat czu gegeben, der noch deme, der dy volbord had gethan, eyne sippe verner ist, mag daz weddersprechen nöcht. Sin aber neher erben zwene, adder try, adder me, willekorn sy alle nicht, so mag eyner daz gud nicht gelassen an sinen gewunnen guthe.

Verm. Ssp. I, 47, 6: Sturbe aber eyns unde daz ander (der kinderlosen Ehegatten) lebening blebe, daz en muchte denne daz erbegud nicht verkouffen noch verkommern ane des willen, der sin nester ist. Ist er ouch me, dy ome noch glicher sippe sin, mit der willen musz es ouch geshen.

Oester. L.-R. A. XIII. a. E. (Senkenb. vis. div.): das geswistreid das da kind hat verkauft wohl

sein aigen an des geswistreid hands, das da nicht kind hat.

Richtst. L.-R. (Senkenb. p. 160) c. 25: Let ein (Man) syn Eigen uthe den Geweren ane dynen Willen, dat uppe dy ersterven mach, so segge dyn Vorsprake etc.

Urtheil des lüb. Oberhofs v. J. 1470 (Pauli S. 162): Na dom der kinder vader und erer moder vader, de der kinder grotevader is, over dem kope gewest sind, de do tor tyd darsulven kinder negesten erven und oversten vormundere waren, unde do sulves den cop nicht byspraket hebben, so is de kop by macht und van werde.

Derselbe Rechtssatz zeigt sich denn auch in Urkunden über Rechtsstreitigkeiten[9] und in Schöffenurtheilen.[10]

An sich kann man auch offenbar unter den heredes, erven nur diejenigen verstehen, die das Successionsrecht haben, somit gerade zu der Zeit der betreffenden Veräußerung die zur Erbfolge Berechtigten sind. Offenbar sind nicht alle Verwandte, die so zahlreich aufgeführt werden, zugleich Erben.

Vor allem weis't aber die dem verletzten Erben eingeräumte Klage darauf hin, daß rechtlich nur die Einstimmung des nächsten Erben in Betracht kommen konnte. Klagveranlassung bildete die Verletzung des Einspruchsrechts durch die Nichteinholung der Zustimmung des berechtigten Erben, Klagfunda-

---

[9] cfr. Urk. v. 1197 (Erath cod. diplom. Quedlinb. p. 107. No. 36): s. oben §. 23. N. 1.

[10] Magdb. Schöffenurth. (Böhme Dipl. Beitr. II, 2. S. 95): Ap muter swester und vater swester kinder mogin rechte geerbin gesin und mogin gifft gehindern. Sentencia. Hir uff sprechen wir vor ein recht das der frawen muter swester heiset und ist der frawen nehste geerbe und se mag die gifft gehindern, abir der frawen vater swestir kinder die heisen noch en sint der frawen nestin erbe nicht und die wile der frawen muter swestir lebit en mogen se der gifft nicht gehindern von rechtis wegen. — (eod. S. 139): Welche kinder kind haben, die morgin ir anerstorbin Gut wol gebin mit irer kinder Laube; abir dy keine kinder haben, dy mogin ir anirstorbin Gut nicht vorgebin — denne mit der Erbin Lobe und Wille. — s. §. 28. No. 6 u. bei N. 37 ff.

ment das dingliche Recht [11] und die Fiction des eingetretenen Todesfalles. Die Klage selbst war die Erbschaftsklage (s. §. 28) und das Klagpetitum ging dahin, das veräußerte Grundstück als ein ererbtes herauszugeben. [12] Zu der Anstellung der Erbschaftsklage konnte aber offenbar Niemand berechtigt sein, als derjenige nächste Erbe, der, wäre der Erblasser im Momente der geschehenen Veräußerung gestorben, — wie ja rechtlich fingirt wurde, — der nächstberechtigte in Bezug auf die Hinterlassenschaft gewesen wäre. Diese Fiction, wodurch die Anstellung der Erbschaftsklage gerechtfertigt wird, und die eben angeführten Quellenstellen, besonders die Goslarer Statuten, lassen keinen Zweifel, daß innerhalb des Kreises der zum Einspruche berechtigten Verwandten die Nähe des Grades zur Zeit der Veräußerung entschieden habe. Deshalb vererbt das Klagerecht gegen eine solche Veräußerung nach den gewöhnlichen Grundsätzen. Vom Augenblicke der ungesetzlichen Veräußerung ist die Klage nata; und stirbt der nächste Erbe vor Ablauf der Verjährung, so ist jetzt nicht der dem Veräußerer zunächst stehende Verwandte, sondern der Erbe des erstern zur Anfechtung berechtigt, bis die Frist abgelaufen ist. Zu demselben Ergebniß gelangt man aber auch durch die Erwägung, daß im entgegengesetzten Falle, wollte man das Einspruchsrecht nicht dem nächsten Erben allein gewähren, in unsern Quellen sich kein Princip darüber fände, wie das veräußerte Grundstück unter die mehreren, dem Grade der Verwandtschaft nach verschiedenen, dennoch aber rücksichtlich des Einspruchs gleichberechtigten Erben hätte getheilt und wie ihre gemeinsame Klage hätte begrifflich bestimmt werden sollen.

Es hatte ferner die Anbietungspflicht im Falle echter Noth

---

[11] Urk. v. 1229. (Guden, syll. I. Dipl. p. 169.): Postmodum L. possessionem turbare temptavit, asserens, quod praedium illud pater ejus quolibet modo alienare absque suo consensu nec debuerit plane nec potuerit. — Urk. v. 1296. (Haltaus l. c. S. 373): Quod cum B. ecclesiam impeteret, — asserens se et sororem suam B. jus validum habere (conf. §. 28).

[12] Richt. St. L. R. c. 25. (Senkenb. p. 161): So vrach: Na deme dat he des vor Gerichte bekande, dat het up gegeven hebbe, eft ick my det icht unterwinden mute, als eft he dot were? — dat vint me.

nur gegen den nächsten Erben statt (s. §. 26) und auch aus dem Retract, dessen Wurzel im Einspruchsrechte liegt, läßt sich schließen, daß der zur Zeit der Veräußerung nächste Erbe den entfernteren ausschloß und zum Einspruch allein berechtigt war.

Diesem Grundsatze gemäß, daß nur der nächste Erbe das Einspruchsrecht habe, stellte man Bürgschaft dafür aus, daß die betreffende Person, deren Zustimmung erfolgte, der nächste Erbe sei. [13]

Die Menge der zu einer Veräußerung beigezogenen, im einzelnen Fall aber nicht berechtigten Personen, wie sie die Urkunden aufzählen, läßt sich begreifen, wenn man bedenkt, wie ungenügend der Proceßweg, wie schwach die öffentliche Gewalt war und wie oft die umfassendsten Cautelen vor einem resultatlosen Rechtsstreite nicht zu schützen vermochten. Ueberall erwähnen daher die Urkunden, welche über Rechtsstreitigkeiten handeln, einer Menge von Besitzstörungen und Gewaltthätigkeiten auch von Seite nicht berechtigter, entfernterer Erben. Veräußerer und Erwerber mußten also zur Sicherung des Geschäftes die Beiziehung so vieler Erben, als nur immer möglich war, wünschen, was sich auch bei der damaligen Gerichtsverfassung, da Veräußerungen von Grundeigenthum im echte Ding erfolgten, leicht durchführen ließ.

Aus der Rechtsunsicherheit erklären sich auch die zahlreichen Zeugenunterschriften, besonders der Großen; das Institut der Salmannen; die so oft wiederholten, von Kaisern, Fürsten und Herrn vollzogenen Bestätigungen früherer Veräußerungsverträge; die Geldabfindungen an die Erben, um ihrem Verzicht mehr Stetigkeit zu geben; die eidliche Versicherung, eine Veräußerung nicht anzufechten; die schon im früheren Rechte so häufige Unterwerfung unter hohe Conventionalstrafen und Evictionsleistungen, ja selbst unter die Todesstrafe, [14] Bann und ewige Verwünschung.

---

[13] Lüb. N. Stadtb. v. 1326: Daniel L., H. et A. de S. in solidum promiserunt pro Joanne de C., quod patentem literam procurare debeat a K., quod soror Henrici de St. sola sit heres ejus proxima ad resignationem suae hereditatis, quam vendidit.

[14] Guden, Cod. dipl. I. 611.

Oft wurden aber aus andern rechtlichen Gründen, als des Einspruchs halber, die Erben im weitern Umfang als Bürgen, Vormünder, Miteigenthümer u. dgl. beigezogen.[15] Es finden sich daher sogar Personen erwähnt, die in keinem erbrechtlichen Verhältnisse zum Veräußerer stehen, wie Schwiegertöchter und Schwägerinnen. Eben so wenig konnte der Consens noch nicht Erzeugter rechtlich in Betracht kommen[16] und dennoch wird er in vielen Urkunden geradezu als Beistimmung der Ungeborenen angeführt oder deren nachfolgende Consensertheilung versprochen.[17] Die Zustimmung der Ehefrau hat rechtlich bei Veräußerungen von Immobilien des Mannes keine Wirkung.[18] Wird sie als beistimmend erwähnt, so hat dies entweder in der gewöhnlichen, rechtlich keineswegs nothwendigen Fürsorge seinen Grund, oder liegt die Veranlassung im Gegenstand der Veräußerung selbst. Denn Immobilien, die der Frau zu eigen gehören, durfte der Mann nicht ohne ihre und ihrer Erben Einwilligung weggeben,[19] und wenn ihr ein Erbrecht,

---

[15] Urkunden hierüber sie bei Pauli, Abhandlungen aus dem lüb. Recht I. S. 143.

[16] Dies bemerkt der Ssp. I, 21. §. 2. ausdrücklich.

[17] Urk. v. 1361. (Scheidt, mantissa p. 322 No. 45): Mid vulbord alle unser erven, de nu sint unde noch werden moghen. — Urk. v. 1318. (Pufendorf, observ. I. app. p. 138): wy und unse rechte anerben boren und ungheboren myt ghudem Wyllen hebbet vry ghegheven. — Urk. v. 1320. (Thur. Sacra p. 376): damus in praesentibus nostrum nostrorumque heredum, si quos generaremus, voluntarium consensum. — Urk. v. 1245 (Meichelb. hist. fris. II, 1. p. 27), in welcher ein Graf von Neuenburg verspricht: ut mei liberi virilis sexus, si quos ex libera genuero, haec mea gesta approbent.

[18] Ssp. i, 52. §. 4.

[19] Ssp. I, 31. — Schwsp. c. 9, nach welchem die Nothwendigkeit des Consenses nur wegfällt, wenn die Ehe bekindert ist. — cfr. Lüb. Stat. (Dreyer, Nebenstunden im Anh.) c. 17: procreatione filii filiaeve jus proximorum heredum suspenditur ad mortem usque uxoris, post quam etiam liberi jus habent et libere consentiendi et dissentiendi. — Urk. v. 1269. (Kindlinger, Münst. Beitr. II. Urkb. p. 273 No. 46): Nos F. — una cum uxore nostra — tradimus H., quod ad uxorem nostram B. a suis parentibus jure hereditario est devolutum, et nos nomine dotis quieta possessione hactenus possiderimus.

ein Nießbrauch oder eine andere dingliche Berechtigung an einem Grundstück zustand, konnte er mit Verletzung dieses Rechtes nicht darüber verfügen.[20] Nur aus wenigen Urkunden läßt sich übrigens die rechtliche Natur ihres Einspruchs im einzelnen Falle erkennen. Erst nachdem sich, besonders in den Stadtrechten,[21] eine Statutarportion, also ein Erbrecht der Ehefrau, ausgebildet hatte, war ihr Consens bei Veräußerungen immer nothwendig.[22] Von rechtlicher Bedeutung ist der Einspruch der Schwiegersöhne und Schwäger. Denn obgleich sie nicht zu den Erben des Veräußerers gehören können, ist ihre Zustimmung nothwendig, weil vermöge der hausherrlichen Gewalt des Ehemanns den verheiratheten Töchtern oder Schwestern des betreffenden Veräußerers jede Entsagung auf ein ihnen zustehendes Recht ohne Zustimmung ihres Ehemanns verboten und ebendamit seine Mitwirkung bei Consensertheilungen der Ehefrau

---

[20] Verm. Ssp. I, 8, 2 (Böhme IV. p. 9): In unserm Wichbilde desis Landes gibt man den Frawen weder Gerade noch Mustheil; die Frawen — nemen an allen Gütern, das unter eren Manne irstirbet, an Erbin, an Eigin, an Czinsgüttern, an allerfei farnde Habe — ein Dritteil. — Urk. v. 1222. (Möser, Osnabr. Gesch. III. Urk. 323): Praedictus H. uxorem suam A. et filium suum A., quem tunc habebat unicum, adduxit, — ubi idem puer, si quid juris habebat in praedictis advocatiis et mater ejus similiter jus, quod in iisdem advocatiis tenuit, quod dicunt Liftucht, in manus nostras libere et absolute resignarunt. — Urk. v. 1296. (Thur. sacra. Francof. 1737. p. 367): cum consensu uxoris, cui dieta bona a me fuerant in dotalitium assignata. — Wormser Urk. v. 1229. (Haltaus l. c. p. 363): patrem praedium, cum dotalitium matris fuerit, in feudum redigere vel quolibet alio modo alienare nec debuisse nec potuisse. — Verm. Ssp. I, 24. 1: Let ein Man sin gut, de her sin wip mit begab, das mag sin wip bey Jare und Tage widersprechen.

[21] cfr. Verm. Ssp. I, 8. 2. cit.

[22] Lüb. O. St. B. v. 1317: Notum sit, quod B, D. emit a Johanne de M., a Johanne de St., Clero de Sch., et Leflando, filio Werneri de C., omnem proprietatem, quam illi, qui habent uxores, cum eorum uxoribus coram Coss. resignaverunt. Dies Gut war also weder Erbut der Männer noch ein Gut der Frauen; jenes nicht, weil nach lüb. Recht dann Consens der Erben nöthig gewesen wäre, dieses nicht, weil nicht alle Verkäufer verheirathet sind.

als nothwendig ausgesprochen ist.[23] Der **Vormund** als solcher hat kein subsidiäres Einwilligungsrecht mehr, wie dies ihm die L. Sax. gegeben hatte,[24] und die günstigen Privilegien des Königs und der Kirche sind erloschen oder haben in ihr Gegentheil umgeschlagen.[25]

So zeigt sich auch hier der bereits dargelegte Entwicklungsgang. Die alten Rechtsgrundsätze hatten sich aus den Aenderungen, die sie in Folge der Berührung mit dem römischen Rechte und durch die Privilegien der Kirche erlitten hatten, wieder zu voller Anerkennung erhoben. Dem nächsten Erben als solchen stand ein die freie Veräußerungsbefugniß beschränkendes dingliches Recht an den Immobilien zu, die einem Gliede seiner Familie gehörten; es gab ursprünglich wohl weder eine Beschränkung auf die Descendenz, noch eine Ausnahme, Grundstücke an privilegirte Rechtssubjecte zu überlassen. Allein schon jetzt gestaltet sich das ganze Rechtsinstitut um und zeigt die Spuren seiner allgemeinen Abnahme. Eine solche ist die oben dargelegte Beschränkung des Einspruchsrechtes auf die Descendenten. Man nahm mit der größeren Lockerung der Familienbande den nicht unmittelbar aus dem Blute des Erblassers entsprungenen Verwandten ihr Recht am Gute, indem man sie gleichsam als aus dem engeren Vereine der Familie ausgetreten betrachtete.

§. 25.

3. Object.

Das Einspruchsrecht steht dem Erben nach dem Sachsenspiegel **bei allen Veräußerungen von Liegenschaf-**

[23] Ssp. I, 31. §. 1. I, 45. §. 2. — Urk. v. 1095. (Günther, cod. dipl. Rhen. mos. II. p. VII.): B. tradidit — omne Selegut, quod illic hereditario jure possidebat. Haec pactio, licet filiis collaudantibus, non tamen satis firma putabatur, donec gener quoque ipsius — per nuncium accitus — veniret et annueret.

[24] Ssp. I, 23; 45. §. 2. (conf. oben §. 6).

[25] **Altes** Lüb. R. (Cod. Hach. I, 26): Nemini — licet immobilia — conferre ecclesiis; quin ea vendat pro argento et illud conferat ecclesiis. — **Lüb.** R. I, 2. Art. 5 und 6: Stiffte und Klöster — sollen in der Stadt ihre Reume nicht erweitern.

ten ohne Einschränkung zu. Sachsensp. I, 21, §. 1; 52, §. 1; 45, §. 2. Denselben Rechtssatz enthält auch der Schwabensp. c. 24. 39. 74.[1] Beide Rechtsbücher kennen zwar den Gegensatz zwischen Erbgut und gewonnen Land,[2] allein hier kommt er nicht in Betracht. Denn nirgends findet sich in ihren Worten die Andeutung einer Beschränkung des Einspruchsrechts auf Erbgut.[3]

---

[1] cfr. Richtes Stig. c. 25. — Schles. L. R. c. 56.

[2] s. Ssp. II, 43. §. 2. — Schwsp. c. 198.

[3] Diese Ausdehnung steht nun freilich mit dem alsbald auf die Rechtsbücher folgenden Zustande in Widerspruch und deßhalb versuchte man vielseitig an den citt. Stellen eine restrictive Interpretation. Indesondere hat es Griesinger, Commentar zu Runde, X. S. 250 ff., gethan. Er combinirt Art. I, 52 und I, 34 mit Art. I, 21 und schließt hieraus, daß der Ssp. nur bei der einmaligen Veräußerung aller Liegenschaften den Widerspruch der Erben — wie er ohne irgend ausreichende Gründe glaubt: — der Descendenten zulasse, dagegen nicht bei der Veräußerung einzelner Grundstücke. Denn es heiße I, 21: Man mut ok wol vrowen geven egen to irme live; — dagegen in der Stelle I, 34: Ane des richteres orlof mut en man sin egen wol vergeven — und I, 52 ane erven gelof unde ane echt ding ne mut nieman sin egen noch sine lüde geven. In der Stelle I, 21 sei das „sein" vor Eigen weggeblieben, weil sie von der Veräußerung einzelner Grundstücke spreche, während in den beiden letzten die Veräußerung des gesammten Vermögens gemeint sei (s. bes. S. 251). — Abgesehen, daß in I, 21 „sein" vor Eigen nicht steht, weil das „man" dem Satze eine ganz allgemeine Färbung gibt, fordert ja auch diese Stelle Zustimmung der Erben. Indem Griesinger also eigen in I, 21 für einzelne Grundstücke nimmt, widerlegt er sich selbst. Der Widerspruch steigert sich aber S. 252 und 253. Denn nachdem aus dem Satz, die Erben hätten nur bei Veräußerung des gesammten Vermögens das Einspruchsrecht gehabt, geschlossen wurde, daß Veräußerungen von einzelnen Liegenschaften frei gewesen seien, wird diese Freiheit doch „aus dem bei den alten Sachsen und andern Völkern längst vor Eikes Sachsp. geltenden Rechte" auf selbst erworbene Liegenschaften beschränkt. „Man dürfe, heißt es wörtlich, annehmen und behaupten, daß, wenn Eike die Erwerbung einzelner Liegenschaften ohne der Erben Laub für erlaubt erkläre, er besonders und vorzüglich die selbst erworbenen Liegenschaften damit gemeint habe. Und auf diese Art und nach dieser meiner Erklärung läßt sich sodann auch recht gut behaupten, daß Eike von Repkow im 34. und 52. Titel unter dem Eigen zwar alle Liegenschaften überhaupt, also nicht blos Erbgüter allein verstanden habe; dessen ungeachtet aber seine eigentliche und wahre Meinung, nach dem wahren Geiste, der in jenen beiden Artikeln weht, nur dahin ge-

Wie die Veräußerung von Liegenschaften unterliegt auch diejenige von Unfreien dem Einspruche des nächsten Erben. Denn da ihnen die Freizügigkeit, das Merkmal der Freiheit, mangelt, gelten sie als glebae adstricti und sind rücksichtlich der Veräußerung denselben Rechtsnormen unterworfen, wie Grund und Boden.[4] Unfreie sind aber nicht nur Eigenleute im engeren Sinne,[5] sondern auch Dienstleute.[6] Die beim Tausch stattfindende Abweichung von dem strengen Princip, das zu jeder Veräußerung von Eigenleuten Auflassung und Consens der Erben forderte, erklärt sich aus dem Bestreben, die durch Verehlichungen von Dienstleuten verschiedener Herrn entspringenden Nachtheile rücksichtlich der Vererbung ihres Vermögens und der rechtlichen Verhältnisse an ihrer Person durch gegenseitige ungehinderte Austauschung zu vermeiden.[7] Ferner gestattet der Sachsensp.[8] ohne der Erben Erlaubniß Dienstleute als Gegenstand der Morgengabe wegzugeben, ein Verfahren, gegen welches sich das Görlitzer L.-R. ausdrücklich erklärt,[9] während der Schwaben-

---

gangen sei, zu sagen und zu bestimmen, daß Erbgüter ohne der Erben Laub nicht vergeben werden können". — Eichhorns Bemerkung (R. G. II. S. 644): „selbst der Grundsatz des sächsischen Landrechts (I, 52) ist wahrscheinlich nur auf Erbgut zu beziehen" steht mit den klaren Worten des Ssp. im Widerspruch; — und Gaupps Ansicht (Schles. L. R. S. 112), daß der Ssp. hier das singuläre Recht seiner Gegend und einen besondern, vom übrigen Rechte abweichenden Gerichtsgebrauch enthalte, widerlegt sich durch das Vorkommen desselben Rechtssatzes im Schwsp., also gerade in den beiden verbreitetsten Rechtsbüchern des M. A.; der Ssp. selbst enthält auch hiervon keine Andeutung.

[4] Ssp. I, 52. §. 1.

[5] Urk. v. J. 1250. (Scheidt, Mantissa p. 545. No. 181): Consensu heredum nostrorum proprietatem, quam hactenus habuimus in Werenburgi et pueris ejus, liberaliter conferimus ecclesiae beatae M.

[6] Ssp. l. c. doch weslet die herren ire dinstman wol ane gerichte (unde ane erven gelof).

[7] Glosse zum Ssp. I, 52. (bei Gärtner p. 110): dieselben mögen sie jederzeit verwechseln, auf dass sich die Eigen nicht zweyen; dann dadurch würden die Kinder ihrer Erb loss, ut lib. III. Art. 73.

[8] Ssp. I, 20. §. 1. — Verm. Ssp. I, 13. 1. — Eis. Rb. II, 13.

[9] Art. 47. §. 6: hube unde dienstman, die ne horin zu der morgin-

spiegel[10] diese Regel anerkennt und unter bestimmten Voraussetzungen selbst ihre ungehinderte Freilassung einräumt.[11] Das Rechtsbuch Ruprechts von Freising[12] endlich stellt sie überhaupt der fahrenden Habe gleich.

Bald aber lockerte sich das strenge Stammgutssystem, wie es in den Spiegeln ausgesprochen ist. Der städtische Verkehr und das regere Leben der Gewerbe brachte die Fahrhabe zur Bedeutung und Anerkennung und bewirkte zugleich ein Sinken im Werthe des Grundbesitzes. In den Städten konnte er schon von Anfang an nicht die Grundlage des politischen Lebens bilden; denn die Berechtigung des Bürgers liegt nicht in dem Besitz einer Feldflur, die ihn nothwendig von dem Genossen trennt und auf sich und seine Familie anweis't, sondern beruht vielmehr auf der Mitgliedschaft in der Gemeinde, welche ihm seine Rechte durch ihre politische Verbindung garantirt. Es war daher natürlich, daß sich hier am schnellsten das Einspruchsrecht des nächsten Erben schwächte und zunächst auf ererbtes Gut beschränkte. An letzteres knüpfte man den Rest der politischen Bedeutung des Grundbesitzes, nämlich die Fähigkeit, im Gerichte thätig zu sein.[13] Zu je größerer Blüthe aber die Städte gediehen, desto mehr mußte auch die rechtliche Stellung ihrer Bewohner vom Grundbesitz sich lostrennen, das Vermögen überhaupt an seine Stelle treten und deshalb für das Stammgutssystem ein neues Princip gesucht werden (s. §. 34). Die gesammte Entwicklung der Städte selbst war es, die dem alten Staatsleben und damit auch der politischen Unterlage des Einspruchs-

---

gave nicht, die ne mac der man sinem wibe nicht gegebin er ne tu iz mit sinir erbin gelubide, unde werde ir von deme gerihte bestetigt.

[10] c. 18. ein iegelich man der von ritterlicher art ist moge — geben sinem wibe ze morgen gabe ane siner erben urlop einen knecht und maget.

[11] s. c. 355.

[12] II. c. 203: Wir sprechenn das kain nutz noch gewer an aigen leutenn fürtrag, wer sy jnnen hat, wann es doch varenntz guet ist.

[13] cfr. Cod. lat. Lub. (Westphal., mon. ined.) col. 622 art. de legitimo placito; col. 625 art. qualiter probari etc.; col. 627 de testimonio; col. 629 de testimonio aliquo faciendo.

rechtes den Untergang zu bereiten nicht wenig mitwirkte und statt jener eine neue rein sociale Grundlage desselben schuf.

Lübisches Statut von 1235 (v. Westphal III, 622): Vir liberum arbitrium habet impignorandi, vendendi, dandi, cuicunque vult, proprietates sibi conquisitarum facultatum. Hereditaria bona, i. e. Torfach Eigen, nemo potest impignorare vel dare sine heredum conniventia.

Hamburger Stat. von 1270, I, 8 (Anderson p. 31): So wor en Mann unde ene Vrouwe Erbe kopet, des syn se weldich to geven, unde to sellende weme dat se willet, de wyle dat beyde levet; so wenne over eren ein stervet, so het idt Erve Gudt — dat ene mag neen Mann wedde setten ofte sellen ane Erven Loff.

Statuten von Stade a. 1279, II, 18 (Senkenb. sel. jur. et hist. Vl, p. 310): So wanne ein Mann sin dinch berichten will, he si seec offte sunt, dhe scal sine scult alle erst ghelden, unde dharna hevet he wolt to ghevende dhor got unde sinen armen vrinden also vele alse he wil. Unde dhat scal he gheven van sineme wunnenen gode. — III, 2 (eod. S. 313): ein wedewe mach wol mit vormunde vor deme rade, ane wederstrake gheven varendt have, unde ingedhome, dhat su sulven ghewunen hevet, so wor dhat su wil. Mer ervegoet ne mach neman gheven ane erven lof.

Goslar. Stat. p. 28, 28 ff. (s. §. 24); confr. 9, 14—16.

Sächs. Weichb. Art. 20: Ob ein Mann sein Eigen vergeben will — so frage (er), wie er sein Eigen vergeben soll, — so findet man: mit der Erben Laub, ob es Erb- oder gabhafft Guth ist, das ist, dass es nicht unbeerbet, oder ungabhafft guth sey, also dass ers gekauffet habe um sein geld, denn so mag er es geben, wem er will, ohn jemandes Widersprechen.

Verm. Sp. I, 38, 1: Man en mag kein erbeguth gelosin ane erbin glubde sundir czu leibes noth in lantrechte

und in wichbilde, man en mag is auch wedir verkewffen noch verkummern ane erbis gelubde.

Magdeb. Rechtsmitth. an Görlitz a. 1304 (Gaupp, das alte Magdeb. u. Hall. R.) §. 22: hat er abir gut. daz her erarbeitet hat. daz mac er geben. bie sineme gesunden libe. sweme her wil. ane jemandes widersprache.

Den Begriff von Erbgut bestimmt das Sächs. Weichb. (Haltaus l. c. S. 282) dahin: Eygin in Wichpilde ist so getan gut das ein man selber gekoufft hat mit sines selbes gute unnd nicht uff on geerbit ist von sinen eldern das heisset sin Eigin gut. — Cfr. Verm. Ssp. I, 47, 6 und I, 47, 13 (s. §. 24). — Goslar. Stat. p. 9, 14—16: Winnet en man unde en vrowe gut to samene, de wile se beyde levet is dat ire wunnene gut: sterft ir en, so ervet dat up den anderen unde is darna ervegut. — Verm. Ssp. I, 47, 4: Welk ervegut uppe en is gheerft, dat het sin ervegut. — Lüb. St. I, 10, 6: Alles ist nach lüb. Recht wohlgewonnen gut, was kein erbgut ist, erbgut aber wird geheissen allerhandt gut, welches einem Menschen anfallen mag von seinen Eltern oder Blutfreunden. — Solches Erbgut mag man ohne der Erben Erlaubniss nicht alieniren ausser bei ehehafter Noth.

Auf die Nähe des Grades kam nichts an; jedes Gut, das von einem Verwandten angefallen[14] ist, hat Erbgutsqualität. Die durch Testament, nachdem dieses einmal gebräuchlich geworden war, einem nicht Verwandten zugefallenen Güter gelten als wohlgewonnen, weil sie nicht durch Erbgang innerhalb der Familie erworben sind. Allein auch einem Verwandten durch letztwillige Dispositionen zugewandte Güter sind wohlgewonnen. Dreyer (Medd. acad. §. II, N. a) und Gries (Commentar II, S. 151) wollen unterscheiden, ob die durch Testament zugefallenen Güter titulo universali oder singulari erworben worden seien. Allein eine solche Unterscheidung verstößt durchaus gegen die Geschichte nicht nur des Testaments, sondern des

[14] bona post mortem alicujus devoluta.

ganzen deutschen Erbrechts. Der richtige Gesichtspunkt ist vielmehr, daß titulo gratuito erworbene Immobilien dem Einspruche der Erben nicht unterliegen. Denn nach altem Recht konnte überhaupt keine Verfügung über den Tod hinaus getroffen, vielmehr mußte schon zu Lebzeiten die Auflassung vorgenommen werden, welche aber ein sogleich wirksames Rechtsverhältniß erzeugte. Das vergabte Gut war deshalb nicht ererbt.[15] Die Testamente unterscheiden sich zwar dadurch von den Vergabungen, daß sie einseitig und widerruflich sind; dies hat aber keinen Einfluß auf die Natur der durch sie übertragenen Güter, welche die Erbgutsqualität nicht annahmen, wofern sie nicht auch ohne das Testament auf den Erben als Erbgüter übergegangen wären. Denn daß das Testament als ein einseitiges Rechtsgeschäft ihre rechtliche Natur nicht änderte, versteht sich von selbst.[16] Mit dem Eindringen des Gedankens der Universalsuccession wird aber der durch das Testament in den Nachlaß Eingesetzte zum Erben, also seine Güter ererbte Güter.

Das Erbgut umfaßt auch Grundstücke, die zur Abschichtung oder Aussteuer eines Kindes gegeben werden. Durch Abschichtung des parens binubus erhalten die Kinder bei der Theilung die Immobilien, an denen der überlebende Ehegatte seither die Nutznießung hatte, heraus; sie sind als Güter des verstorbenen parens Erbgüter. Verlangen sie aber selbst, sofern

---

[15] Sächs. Dist. (Pölm. II, 2. 2): Stehende erbe, das einem mann gegeben ist vor gericht und dazu sein gut, das er selber gewonnen und erarbeitet hat, und fahrende habe mag der mann geben, wem er will, ohne der erben widersprache. Vergiebt aber ein mann sein angestorben erbe, das mogen seine erblinge widersprechen in Jahr und Tage. — cfr. Magdeb. Fragen (hinter Zobels Ssp. I, 12. 1. und bei Kraut S. 197. No. 35). — Glosse zum Ssp. I, 52 (Haltaus S. 357): Das eigin das an uns irstirbit von erbgangk Das heist Erbeigen und das mag man nicht lassin ane erbin loube.

[16] Test. des H. S. a. 1361 (Pauli, Abh. aus dem lüb. R.): Primo sciendum, quod meis pueris secundum exigenciam juris Lubicensis pertinet ex parte matris eorum dimidietas. — Als Beispiel, daß durch Testament erworbene Güter nach lübischem Rechte frei veräußerlich sind, s. Lüb. O. St. B. a. 1321: Notum sit, quod V. de D. emit ab Hinrico de P. medietatem domus, — sibi datam ab R., fratre suo, in testamento ejus.

es ihnen gestattet wird, Abschichtung, so empfangen sie einmal ihr ererbtes Gut zu eigener Nutznießung und dasjenige Gut, das sie außerdem erhalten, wenn sie einen renunciativen Erbvertrag mit ihrer Abschichtung verbinden (Ssp. I, 13, §. 2; cfr. oben §. 23), kann nach den Rechten, die zwischen Erb- und gewonnenem Gut unterscheiden, deshalb nicht zu letzterem gehören, weil sie es nur als nächste Erben erhalten, also von Sippe und Erbgang wegen. Sie empfangen ihr künftiges Erbgut schon zum Voraus, weil sie auf die spätere durch Todesfall herbeiführte Abtheilung verzichten. Ebenso verhielt es sich mit denjenigen Gütern, die zur Aussteuer gegeben wurden. Auch sie galten als Erbgut.[17] Es mußten also die Erben auf ihren Einspruch ausdrücklich verzichten, wenn der Ehemann das Recht erhalten sollte, nur mit Consens seiner Frau, ohne die Zustimmung ihrer Erben einzuholen, über Immobilien der Aussteuer zu verfügen.[18]

Endlich bildet Erbgut auch das von einem Ehegatten auf den andern vererbte. Nach dem Ssp. und allen Rechten, die seine ehelichen Güterverhältnisse annehmen, kann diese Frage so wenig entstehen, als nach denjenigen Volksrechten, welche Frauen in den Grundbesitz gar nicht succediren lassen; allein die Rechte, die dem überlebenden Ehegatten eine Quote zutheilen (s. §. 26) und denselben also erben lassen, erklären sein dadurch erhaltenes Gut für Erbgut.[19] Ja dies ist nicht

---

[17] Alt. Lüb. R. (Cod. Hach. II, 17): Nimpt en man en echte husfruwen mit erve, dat ere vrunt eme ghevet mit ere like copschatte, de man schal sunt dem male weldich wesen des erves to vorcopende und to settende weme he wil like anders sime copschatte.

[18] cfr. Stat. Hamb. a. 1497. K. III. (Anderson I. S. 445): Myt wat gude de elderen ere kindere, edder fründe ere neghesten erven beraden unde veranderen by erer volmacht, dat wert ene billik vor erfgud gerekenet.

[19] Hamb. Stat. 1270. 1. 8. cfr. Trummer, hamb. E. R. I. S. 152. — Verm. Ssp. I, 40. 3. (Böhme IV, 34): Kumt ein frowe und ein man czusamen und ercrigent gut mit einander, dat heisst ir gewunnen gut, unde sterbit ir enes, das erbit das uff das ander und darnach so wirt is erbgut. — Goslar. Stat. I. Von Ervegude §. 38. (Leibnitz III. p. 496): Wynnet en man unde en fruwe ervegud thesamene, devile se beyde

blos mit dem Errungenen, sondern selbst mit dem Eingebrachten der Fall. Durch den Tod des einen Ehegatten wird auch das Gut des andern Erbgut.[20] Der Grund, den man hiergegen anführt, daß nämlich das Einspruchsrecht des nächsten Erben sich nur auf Erbgut beschränkt habe, welches aus seiner Familie herrührte, kann, da eine derartige Beschränkung nach der ganzen bisherigen Entwicklung nur eine Ausnahme vom gemeinen Recht bildet, nicht zureichen; er gilt vielmehr nur, wo das Fallrecht sich findet.[21]

Auch die Erläuterer des Ssp. fanden dessen Bestimmung über das Einspruchsrecht des nächsten Erben zu ausgedehnt und schränkten sie daher auf Erbgut ein.[22] Dieser Usualinter-

leven is dat ore wunnen gud, sterfft over en, so erfft dat uppe den andern und is darna ervegud.

[20] Lüb. O. St. B. v. 1351: Notum sit, quod A. B. emerat dudum elapso tempore a tutoribus puerorum Hermanni K. domum, quondam patris eorum. . . Sed haec eadem domus postmodum per obitum uxoris suae facta est ejus in jure devolucionis per mortem. (Pauli, Abh. II, 129 f. — Trummer, hamb. E. R. I, 152). — Goslar Stat. l. c. §. 40: Kumpt en fruwe und en man tosamene to eeligen Dingen unde winnet denn en echt kint edder mer tosamene, bringhen de ervegud thosamene, oft de kinder alle sterven, so mögen de fruwe unde de man wol bi oreme sunden live verkopen — dat ervegut; worde aber der twien en tokort (stirbt er) unde de ander levendig bleve, de ne möchte denne dat ervegut nicht verkopen noch bekümmeren sunder des willen, de sin neyste erve is. — Ditmarsisches Landr. Art. 33: Ok wat he mit siner frouwen befryet, dat wart erfgud benühmet. — Hamb. Stadtr. 1497 (Anderson l. c. 445): Wat eneme manne von der frowen unde der frowen von wegen des mannes van erfgude medegeven wert, edder by erer beyder levende mede an ervet, wo vele darvan na erer eynes dode by deme levendighen blyvet, dat wart billik erfgut gerekent.

[21] Jütsch. Low. I, 34: Dat väderlike erve shal men des vaderen fründen, unde dat moderlike erve shal men der moder fründen anbeden.

[22] fr. Handschriftliche Glosse zum Ssp. (Haltaus S. 357): Das eigin das an uns irstirbit von erbgangk Das heist Erbeigen und das mag man nicht lassin ane erbin loube. — Glosse der Magdb. Schöffen zum Ssp. I, 52. in der Görl. Handschr. v. 1387: Hat och ein Mann Erbe und Eigen um sein wohlgewonnen Habe gekouft, er mag daz Gut geben und uflassen wem er will. — Lat. Glosse zu I, 31 (bei Zobel S. 94. col. 4. N. K.); zu I, 52. §. 2. (eod. S. 125. col. 3). —

pretation (— der Verordneten Bedünken —) gab August von Sachsen a. 1572 gesetzliche[23] Anerkennung.

In solchen Rechten, die den Consens der Erben nur zu Veräußerungen von Erbgütern fordern, ist es möglich, daß das Einspruchsrecht an einer Quote des Grundstücks haftet, die andern Theile dagegen wohlgewonnenes und frei veräußerliches Gut sind.[24] Solch eine Quote wurde häufig zu Geld angeschlagen und als Rente fixirt, die dann gleichfalls Erbgut bildete und nur mit der Erben Erlaubniß veräußert werden konnte.[25] Dasselbe Verhältniß hat statt, wenn ererbte Grundstücke gegen eine Rente veräußert werden; die Rente nimmt die Natur des veräußerten Grundstücks an. Sonst aber gelten selbst ererbte Renten für frei veräußerlich, besonders seitdem sie ablösbar geworden, obgleich einige Rechte auch sie als Erbgut behandeln.[26] War auf diese Weise nur eine Quote Erbgut oder nur die Rente, welche auf ein Grundstück gelegt war, so erzeugte sich

---

Deutsche Glosse zu I, 52. (eod. S. 126. col. 3. N. c.) und zu II, 30. (eod. S. 235. col. 3).

[23] Const. elect. Sax. 12. P. II: Weil dieser Text (Ssp. I, 52.) saget, daß ohne deren Erben Erlaub keiner seine eigene Erbstamm-Güter vergeben könne, so ist zu wissen, daß Stamm-Güther solche Güther seynd, welche der Donator nicht selbst acquiriret, sondern die von seinen Vorfahren, als Großvater und dergleichen, — ihren Ursprung haben.

[24] s. Lüb. O. St. B. a. 1286: Notum sit, quod E. de S. emit de E. fratre suo suam partem totius hereditatis, — quam sibi coram Coss. resignavit, jurando, quod nichil magis haberet, quam hujusmodi hereditatem. — s. auch die Inscription vom J. 1327 bei Kraut, Grundriß S. 198. N. 36.

[25] Lüb. O. St. B. v. J. 1291: Notum sit, quod relicta Johannis B. et ejus pueri cum suis procuratoribus assignaverunt Henrico de R. in hereditate angulari sita in fossa pistorum et in alia adjacente 100 Marcas arg. et 20 Marcas argenti pro dote cum filia dicti Johannis sibi dandas, ut cum iis facere possit sicut cum meccatoriis bonis suis. Actum coram Coss. Ad haec consensum dederunt primi pueri ipsius B.

[26] Lüb. O. St. B. v. 1370: Notum sit, quod A. habet in domo VII. Mr. den. Wicbeldes. Jstud Wicbelde cum re emetur, pecunia inde proveniens reponetur ad jus, quo nunc adstringitur, quia de hereditate provenit per mortem ad eum devoluta.

ein verschiedenes Vermögensrecht an den verschiedenen Theilen des Guts, ein durch das Einspruchsrecht der Erben beschränktes rücksichtlich der mit Erbgutsqualität behafteten Quote, ein unbeschränktes rücksichtlich der übrigen Quoten, ein beschränktes an der Erbrente, ein unbeschränktes an dem Grundstück, auf welchem sie lag.[27] Es war sogar nach lübischem Rechte den Partien gestattet, den Charakter eines Grundstücks zu bestimmen und es hiernach als gewonnen Gut oder Erbgut durch Verabredung mit den Betheiligten zu qualificiren.[28]

Andere Rechte ließen als Erbgut nicht alle von Blutsfreunden überhaupt ererbte Grundstücke gelten, sondern rechneten dazu nur die von Ascendenten angefallenen.[29] Dergleichen Beschränkungen des Einspruchsrechtes auf eigentliche Stammgüter kommen übrigens mehr in späterer Zeit vor.[30]

Nicht immer jedoch begnügte man sich in den Städten mit der blosen Beschränkung des Einspruchsrechtes auf Erbgüter. Ein Statut der Stadt Gent aus dem XII. Jahrhundert beweis't, daß das ganze Institut schon völlig aufgehoben

[27] Lüb. O. St. B. Inscr. v. 1327: Notum sit, quod Hinr. et Herm. de A. fratres emerunt a fratre suo Johanne — omnem porcionem, quam ipse J. habuit in domo quadam, que olim pertinuit patri eorum, — quam porcionem ipsis coram Coss. resignavit. Item predicti duo fratres emerunt etiam a sororibus suis — porciones suas, quas ipse — eis coram Coss. resignaverunt, ita videlicet, quod predicta domus tota ipsis Hinrico et Herm. de A. fratribus pertinebit; sed cum dimidietate domus ejusdem facere poterunt et dimittere sicut cum mercatoriis bonis suis. Alia autem dimidietas domus est hereditata a patre suo predicto. — Diese Verfügungsbeschränkung über eine solche an das Grundstück geknüpfte Erbrente ist eine Nachbildung des dinglichen Einspruchsrechts.

[28] Lüb. O. St. B. v. J. 1290: Notum sit, quod H. V. et uxor ejus filia Werneri Gropen adhibuerunt consensum plenarium ac nichilominus sunt coram Coss. arbitrati, quod A., filius Werneri Gropen, frui debeat duabus domibus suis in omnibus sicut mercatoriis bonis suis; nam sic est coram Coss. ordinatum.

[29] s. z. B. Dortmunder Rechtssprüche (Wigands Archiv. IV. p. 423): Item nyemant en mach erve dat oen van sinen Alderen aengestorven is verkoepen off vorgeven sonder wille syner erven, he en konne wiesen lieves not als recht is.

[30] s. Sächs. Constit. 12. P. II. (oben N. 23). cfr. unten §. 29.

wurde.[31] Derselbe Entwicklungsgang macht sich aber auch im Landrecht geltend. Besonders merkwürdig ist in dieser Hinsicht das österreichische Landrecht aus dem XIII. Jahrh.[32]

---

[31] Statut v. Gent a. 1192. Art. 19. (Dierix, memoires sur les lois etc. Gentois. Gand. 1817. I. p. 120): Est autem tanta libertas oppidi Gandensis, quod, si quis hereditatem suam infra justitiam oppidi contentam vendere vel invadiare voluerit, licet ei tam extraneis quam proximis, nec aliquis ratione consanguinitatis vel proximitatis poterit contradicere. — Berner Handfeste v. 1218. Art. 42: Quamdiu pater et mater vixerint, quotquot filios habuerint, non possunt eis contradicere, quidquid facere voluerint de omnibus rebus suis. Art. 43. Praeterea, quamdiu pater vixerit, et sanus fuerit et incolumis, omnia bona, quae habet in allodiis, feodis et aliis rebus, potest dare, vendere et expendere, quomodocunque et cuicunque voluerit, et pueris invitis et uxore nolente. Sed mulier hoc facere non potest. — Idem jus damus mulieri; si civis aliquis moritur, et uxori suae multa bona reliquerit, potest omnia bona sua dare ac vendere, praeter allodia, etiam contra voluntatem puerorum.

[32] Es lautet in Ludewigii, Reliqq. mss. T. IV. p. 8: XIII. Wo zwey Geschwistrigeth khindt mit einander gewinnent, so verkauff ein jeglicher sein eigen woll mit Recht an des andere Geschwistrigeth handt, das da khindt hat, sy haben dann ehe mit furzicht getailt; oder es tring dann ehehafften not; dass es woll vor dem Landrichter bewern mag, mit seiner Umbsessen, das Geschwistrigeth das da khindt hat verkaufft sein eigen wol an dar Geschwistrigeth handt, das da (nicht?) khind hat. — XIV. Wer ain aigen kaufft der thuet damit was er will und geit es wem er will, inner Jar, inner tag wenn er will bezahlet er es aber uber Jahr und tag, so mag er es nyemann gegeben, noch nicht damit gethun, dann mit andern seinen Guett, das In von seinen vorderen anerbt und wer des Guett erbet, das erbet auch dasselb anerstorben guett an. — Im Harrachschen M. S., das Senkenberg Vis div. Lips. 1765 p. 223 abdruckt, lauten diese Artikel: XIII. Wo zwai Geswistreit aigen mit ainander haben, Ist das si baide Geswistreit kind gewinnent, so verkauft ir yeglichs sein aigen wol mit recht an der andern geswistred hand, das es kainer fürzicht bedarf. das aber nicht kind hat das mag sein aigen nicht verkaufen an des geswistred hand, das da kind hat, si haben dann vor mit fürzicht getailt oder es zwing eehaft not das es wol von dem lantrichter beweren mag mit seinen umbsessen das geswistreid das da kind hat verkauft wol sein aigen an des geswistreid hands, das da nicht kind hat. — XIV. Wir setzen und gepieten wer ain aigen oder ain gut kaufft oder den sust anerstirbt das der mit verkauffen und mit geben domit tue an seiner erben hand was er welle.

Nach dem älteren Texte wird alles wohlgewonnene Gut binnen Jahr und Tag Erbgut und kann also, wie das von Anfang an ererbte Gut, ohne der Erben Zustimmung nicht mehr veräußert werden.[33] Diese Veräußerung erfolgt nach den gewöhnlichen Grundsätzen, so daß die Descendenten vor den Collateralen das Einspruchsrecht haben; nur soll zuerst abgetheilt oder die Veräußerung durch ehehafte Noth gerechtfertigt werden. Der jüngere Text gestattet schon freiere Verfügung über alles wohlgewonnene Gut, ohne daß der Frist von Jahr und Tag Erwähnung geschieht. Ueber Veräußerung von Erbgut gelten die gewöhnlichen Grundsätze. Die Bestimmung, daß zuerst abgetheilt sein müsse oder nur in echter Noth über nicht abgetheiltes Erbgut verfügt werden könne, wird nur noch auf das unbekinderte Geschwister angewendet.[34] — Für die Probstei Naumburg wurde im Jahre 1307 durch Bischof Heinrich das Einspruchsrecht des nächsten Erben aufgehoben.[35] — Auch das Schles. Landrecht von 1356, das sich sonst dem Ssp. so enge anschließt, hat doch das Einspruchsrecht, welches nach ihm nur den Descendenten zusteht, gleichfalls auf Erbgut beschränkt.[36]

---

[33] Dieselbe Bestimmung findet sich in den Gesetzen der Nordfriesen v. J. 1466 (Richthofen, Fries. Rechtsqu. S. 576. §. 7): Wor ein man bote nympt, wann he dat gehatt hefft sös weken unde ein jar dar na schal dat arffgud wesen.

[34] Siegel führt das österreich. Landr. in N. 364 dafür an, daß es das „Wartrecht" überhaupt aufgehoben habe, und S. 96 wird es zum Beweise benützt, daß der jedesmal nächste Erbe immer der zum Widerspruch berechtigte gewesen sei.

[35] Zuerst wird der bisherige Rechtszustand geschildert: Welch man In derselben Probstey sein guth vonn willen ader von noth vorkeuffet, wenn der gestarb, sein neheste von des Vaters sippe, ab her wolde der gabe unseme Voyte zcu O. unde dem Probeste zcu N. gutis recht und sprach das guth an, — darnach mit Urteyle ward dem ansprechere das gut erteylet und der keuffer mochte sich nicht met cheiner gewere behelffen. Dann wird Alles abgethan, weil „vil huven vorwustet sindt und vil leuthe vorarmet von disser gewonheyt", und den Erben ein bloses Verkaufsrecht zugestanden. (Haltaus l. c. S. 1403.)

[36] c. 77. a. E. Ane erbin gelob. und ane echte dink en mak nymant

Diese Entwicklung zeigt sich endlich auch in der Sprache. Im Ssp. I, 61, §. 1 u. 4. III, 79, §. 2. II, 56, §. 1. I, 52, §. 1; 34, §. 1. I, 29 bezeichnet erve das Eigenthum an Grundstücken im Gegensatz zur Fahrhabe;[37] im Schwsp. c. 198 dagegen bedeutet das Wort schon das von Sippe halben Ererbte; in den spätern Rechtsquellen beschränkt es sich auf diesen Begriff.

Auch die Urkunden und Weisthümer, die einer Auflassung erwähnen, fügen oft bei, daß es sich um wohlgewonnenes Gut handle und darum die Nothwendigkeit der Beistimmung seitens der Erben allmälig zweifelhaft erscheine, ein Schwanken, das deutlich bemerkbar wird, obwohl natürlich dem Streben nach möglichster Sicherheit gemäß bei Veräußerungen von gewonnenem Gut lieber zu viel als zu wenig geschah.[38] Den veränderten Gerichtsgebrauch legen besonders die Magdeburger Schöffenurtheile dar.[39]

Fahrende Habe unterlag dem Einspruchsrechte nicht.

---

seyn eygin noch syne leute vorgebin. das ist czu vornemen das keyn man mak vorgebin seyn anirstorben gut an syner elichen kinder wille.

[37] Dies zeigt recht deutlich eine Urkunde vom J. 1370. (Duelli, Excerpt. geneal. p. 47): um all daz gut, Erbgüt und Varundgüt.

[38] z. B. Schenkungsurkunde a. 1256. (Meibom. Scr. rer. Germ. I, 535): Nec est tacendum, quod omnia praedicta bona non de hereditate nostrorum progenitorum extiterunt, sed nostra pecunia nostraque industria conquisita; propter quod ea resignandi seu donandi liberam magis habuimus facultatem. — Weisthum v. J. 1312 (Erath, Tract. von den Erbtheilungen des Braunschw. Lüneb. Hauses): Quod quilibet homo cujuscunque conditionis aut status existat, sua bona propria donando, vendendo, vel permutando transferre potest — solum cum consensu propinquissimorum heredum suorum, aliorum consanguineorum consensu ad hoc minime requisito.

[39] Magd. Schöffenurth. (Böhme II, 2. p. 110): Allis anirstorbin gut unde erbe mag ein man nicht vorgebin unde vorkowffin ane Geerbin Orlaup; adir Gut, das direrbit is, das en mag ein man verkewffen unde vorgebin, wenne her wil, ane Wedirsprake. — Magd. Schöffenurth. (eod. p. 139): Welche kinder kind haben, die mogin ir anerstorbin Gut wol gebin mit irer kinder laube; abir dy keine kinder haben, dy mogin ir anerstorbin gut nicht vorgebin — denne mit der erbin Lobe und Wille.

Zu ihrer Veräußerung wurde nur das Vorhandensein physischer Kraft verlangt;[40] fehlt diese, so verbietet der Ssp. jene. Andere Rechte gestatten zwar eine sehr beschränkte Disposition,[41] bilden aber die Ausnahme von der Regel vollkommener Entziehung der Veräußerungsbefugniß.[42] Denn, sagt die Glosse (bei Gärtner, p. 110): Wer ichts vergebin wil, möge solches tun, die weil er es Leibs halber selber noch gebrauchen möchte. Dann wer sein Gut alsdann erst vergiebt, da er es nicht mehr geniessen kann, der vergiebt nicht das sein, sondern das seiner Erben ist.

§. 26.

4. Umfang.

Kein Zweifel kann darüber herrschen, daß dem nächsten Erben bei jeder, also auch einer nur theilweisen Veräußerung von Immobilien oder nach den betreffenden Rechten von Erbeigen die Befugniß zum Einspruch zustand.

Ssp. I, 52, §. 1 u. 2 (geven, wederweslen, lien, laten); I, 45, §. 2 (verkopen).

Verm. Ssp. I, 38, 1 (s. §. 25).

Hamb. R. v. 1270, 1, 8 (s. §. 25).

Lübisches Stat. v. 1235 (s. §. 25).

Goslar. Stat. p. 9, 6—7: Eschet en erve van lövedes halven, dat is unrecht; de rechten erben ne hebben dat ghewilleköret, dat men bethügen möghe alse recht ist.

Tauschurkunde v. 1127 (Kindlinger III, 1. Urkundenb. p. 13, Nro. 6): Haec commutatio — regio banno est stabilita, B. cum patruo suo L. ceterisque legitimis heredibus bona sua in A. abbati ceterisque fratribus suis tradente et ab eis bona Ecclesiae in T. cum duobus mansis in B. accipiente.

---

[40] Ssp. I, 52. §. 2.

[41] z. B. Sächs. Weichb. A. 63.

[42] cfr. Gosl. Stat. 9, 24. — Schles. Landr. c. 78. pr. — Sächs. Weichb. 244. — Schwsp. c. 52. — s. Sydow's Erbrecht. N. 559.

Urtheil des lüb. O.-Hofs v. 1478 (Michelsen S. 179): hebben denne A. unde B. besadte gedaen uppe C's gud unde sint darin geweldiget mit allem rechte, unde sint de negesten erven dar iegenwardich gewest, unde de besate to rechten tiden nicht bigespraket hebben, to schal de besate by werde unde macht bliven.

Urk. v. Jahr 1343 über die Auflegung einer jährlichen Rente (s. §. 23. N. 24).

Ssp. III, 77, §. 1: Dut en man sin lant beseiet ut to tinse — man sal 't den erven beseiet weder laten, wende he is in nicht lenger geweren ne mochte, wen die wile dat he levede. Also war zur Constituirung einer Erbpacht Zustimmung nöthig. Nicht weniger war sie ein Erforderniß zu Vergabungen von Todes wegen:

Ssp. II, 30: Sve so ime erve to seget nicht von sibbe halven, denne von gelovedes halven, dat hebbe man vor unrecht; man ne moge getügen, dat dat gelovede vor gerichte gestedeget si. Vergl. die eben citirten Gosl. Stat. pag. 9, 6—7.

Verm. Ssp. I, 32, 3: — es en sy denn das man geczuge muge das dy gelubde bestetiget sin vor gerichte mit erben glubde.

Schwsp. I, 22: Ist daz ein man sinem friunde gut schaffen wil nach sinem tode. wil er im daz sicher machen. er sol im srift dar uber geben. mit ende haftn isigeln. oder er sol fur sinen richter varn. oder fur sinen herren. und sol sine geziuge ziehen. und ander die da bi sint gewesen. und wil aber er imz gar stete machen. so setze im einen zins dar uz. da mit hat er die gewer. und mac daz gut mit rehte nit verliesen. hat aber er erben. die versprechent daz gut ob sie wellen. oder si mugen sich versumen.

Nach lübischem Rechte war es gestattet, Erbgut gegen eine Erbrente auszuthun, weil beide dem Einspruchsrechte des nächsten Erben unterlagen. Wart over eneme manne en hus oder en wort van erve van siner vründe dodhe, unde deit

dat hus ofte de wort to wicbilde, dat wicbilde ne mach he nicht verkopen, he ne legge dhat gelt vort an andere rente, edder sine erven ne gheven dar volbort to: dit is gewilkoret van deme rade.

Sydow, Erbrecht nach dem Sachsensp. S. 192, will mit Hasse, Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissensch. IV, S. 74, bei Constituirung einer Leibzucht das Einspruchsrecht der Erben in der Art beschränken, daß ihnen nicht ein Widerspruch gegen die Bestellung derselben an sich, sondern nur gegen ihre Größe zugestanden habe und dem Richter bei etwaigen Streitigkeiten hierüber eine causae cognitio zugekommen sei. Allein in den Quellen findet sich hiervon keine Andeutung[1] und aus der Natur des Instituts selbst läßt sich eine derartige Beschränkung nicht herleiten. Denn wenn durch das dingliche Recht des nächsten Erben jede Eigenthumsveräußerung verhindert werden kann, so steht es der Entziehung der Nutznießung, die in dem Constituiren einer Leibzucht liegt, ebenso wie der Bestellung irgend eines andern dinglichen Rechtes entgegen. Eine Befugniß des Richters zur causae cognitio findet sich nicht.

Die Stärke des Einspruchsrechts zeigt sich aber nicht nur bei unmittelbaren Veräußerungen des in die Hände eines Familiengliedes gelegten Grundbesitzes, sondern bei jeder auch nur mittelbaren Weggabe desselben.

Deßhalb hat der Erbe ein Recht des Einspruchs gegen jede Eigenbegebung, die materiell mit der Eigenthumsver-

---

[1] Ssp. I, 21. §. 1: Man mut ok wol vrowen geven egen to irme live mit erven gelove. — Hamb. R. v. 1292. F. 9. p. 287: So welc Pape, de Ervegoet upboret, de ne scal dat nicht moghen verkopen edher in lifgedhinge keren, ane siner rechten erven vulbort. — Schles. Landr. c. 38. (ganz gleichlautend mit der cit. Stelle des Ssp.) — Lüb. O. St. B. v. 1286: Notum sit, quod M. juramento suo obtinuit, coram Coss., quod nichil aliud consumendum haberet, quam hereditatem suam; resignavit igitur coram Coss. hereditatem suam — tali modo Willelmo de L., quod Willelmus ipsam quamdiu viveret nutrire debeat et in necessariis providere. Actum coram Coss. et tunc ea defuncta dictus Willelmus dictam hereditatem et omnia alia bona dictae M. libere possidebit. Ad haec soror ejusdem M. assensum dedit coram Coss. manifeste.

äußerung zusammenfällt.[2] Zu einer vollkommen gültigen Eigenbegebung, gleichviel ob in das Verhältniß der Ministerialität oder der Hörigkeit war gerichtliche Vollziehung und Zustimmung der Erben nöthig. Ist letztere nicht erfolgt, so wird eine Klage gegeben, wodurch der Act umgestoßen und der Eigenmann wieder an sein Recht gebracht werden kann. Das Gut selbst fiel, wenn die Eigenbegebung eine gültige war, sogleich mit Vollziehung derselben an den neuen Herrn; war sie eine ungültige, so nimmt der Herr das Erbe erst mit dem Tode des Eigenen. Daraus ergibt sich, daß in diesem Fall die Klage des Erben nicht schon nach Jahr und Tag verjährte; — denn sonst hätte man nicht auf den Tod des Eigenmanns sehen können; — sondern daß den Erben das Revocationsrecht bis zum erfolgten Tode zustand.[3] Aus demselben Grunde, jede Eigenthumsentziehung zu verhindern, war ferner den nächsten cognatischen Erben das Recht zur Beaufsichtigung des Vormunds eines unmündigen Mitglieds der Familie eingeräumt, wenn einem entfernteren Agnaten die Vormundschaft übertragen war. Stand sie dem nächsten Erben selbst zu, so fiel mit dem Grund der Ueberwachung auch die Anwendung derselben hinweg.[4]

---

[2] Ssp. III, 32. §. 7: Sve sik vor gerichte to egene gift, sin erve mach it wol wederspreken mit rechte unde bringen ine weder an sin vri. §. 8. Behalt ine die herre went an sinen dot, he nimt sin erve na sime dode unde sine kindere, of sie na ime horen, die he na der gave gewan. cfr. III, 32. §. 2; 42. §. 3.— Schwsp. c. 68b a. E. c. 291 und c. 292: Unde wil ouch sich ein vrie ze eigen geben. daz versprechent sine mage wol· beidiu von vater und von muter. und alse siz einest wider redent. so mag er si niemer me ze eigen geben. — Sächs. Weichb. V.: Man vindet auch geschribenn in denn alden recht buchernn das sich nymant vor gerichte Inne weichbilde zu eigenn geben mag, es en widerlege sin erbe wol.

[3] Görl. Landr. Art. 62. §. 2: ob er (der Erbe) des nicht tun wil, so mag er (der Herr) sich wol undir windin allis sinis erbis.

[4] Ssp. I, 23. §. 2: — Sve aver des kindes erve is, dem sal des kindes vormunde bereden von jare to jare des kindes gudes, unde ine des gewis maken, dat he is in unplicht nicht ne verdu, sint dat kint to sinen jaren komen is. Wente it is dicke ein der kindere vormünde, unde ein ander ir erve. Svar aver die vormünde is ok erve, die ne darf nemanne bere-

Diese Anschauung des Ssp. verlor sich jedoch bald; man hielt die Pflicht der Beaufsichtigung des Vormunds für eine öffentliche und übertrug sie neben den Verwandten nicht in subsidiärer sondern concurrirender Weise auch der Obrigkeit.[5]

Von dem allgemeinen Principe, daß jede Veräußerung von Immobilien und ihnen gleichgestellten Leibeigenen, um gültig zu sein, gerichtlich mit der Erben Zustimmung vollzogen werden mußte, kommen aber folgende Ausnahmen vor:

1) Die gegenseitige Austauschung von Leibeigenen und

2) Die Hingabe derselben als Morgengabe unterlag nach dem Ssp. keiner Beschränkung (s. §. 25).

3) Bei Eigenbegebung an Pfarrkirchen hebt der Schwsp.[6] das Einspruchsrecht der Erben ganz auf; bei Eigenbegebung an Klöster gibt er ihnen nur die Befugniß, Theilung zu verlangen.

4) Im Fall echter Noth beschränkt sich das Einspruchsrecht des nächsten Erben auf einen blosen Vorkauf. Der in ehehafter Noth befindliche Grundeigenthümer hat die Befugniß, sein zu veräußerndes Grundstück dem einspruchsberechtigten Erben zum Kauf anzubieten, welchem alsdann freisteht, dasselbe entweder durch Vollziehung des Kaufes oder durch Befreiung des in ehehafter Noth Befindlichen an sich zu bringen. Thut er weder letzteres noch findet er sich zu ersterem bereit, so ist der Eigenthümer nunmehr befugt, das Grundstück an jeden Dritten zu veräußern, ohne daß der Einspruch des Erben rechtlich in Betracht käme; die Veräußerung ist und bleibt gültig. Diese Befugniß, die schon die alte Lex Saxonum XV. §. 3 anerkannt hatte, findet sich in allseitiger Verbreitung. Zwar erwähnt der Sachsenspiegel ihrer nicht ausdrücklich; man wird aber deßhalb wohl nicht berechtigt sein, sie für seine Zeit,

---

kenen des kindes gut, noch bürgen setten. — cfr. Ssp. I, 45. §. 2. — Schles. Landr. c. 44.

[5] Schwsp. c. 62. 66.

[6] Schwsp. c. 323a.

und wäre es auch blos im sächsischen Rechte, zu läugnen.[7] Denn dagegen würde der Rechtszustand, wie er vor und unmittelbar nach dem Sachsensp. bestand, und der allgemeine Grundsatz des deutschen Rechts sprechen, den der Schwsp. c. 375. I. gerade bei Behandlung dieser Frage zu größerem Nachdrucke lateinisch wiedergibt: vite premium nulla potest estimatione pensari.[8] In voller Anerkennung ist der Rechtssatz ausgesprochen im österr. Landrecht Art. XIII,[9] im Schwabensp. c. 375, I.;[10] im bayer. Landrechte;[11] und natürlich auch in den Stadtrechten.[12]

---

[7] s. Sydow l. c. S. 223. — Göschen l. c. S. 205.

[8] Als Analogie läßt sich die durch ehehafte Noth gerechtfertigte so große Ausdehnung der väterlichen Gewalt (Schwsp. c. 357) anführen. Deßhalb sagt Pauli l. c. I, S. 115 mit Recht: es liege diese Ausnahme so sehr in der Natur der Sache und, sie nicht zu gestatten, würde zu einem so unfruchtbaren Resultate führen, daß in der That alles dafür spreche, sie auch im Ssp. als stillschweigend vorausgesetzt anzunehmen.

[9] s. §. 25. No. 32.

[10] Swer den andern loset da er uf den lip gevangen lit. — als jenr ledic wirt er sol im gelten ob er so vil hat. und hat er niht mere wan als vil er in geloset hat. er sol im sin gut gar geben. und mag im daz kein sin erbe erwern. er lose sich sinem gute.

[11] Heumann, opuscula p. 106: Wer aygen oder lehen hat, — unde wellent in die Erben daran irren, der sol stien auf recht, und sol bereden gen den heyligen, daz er das gut nicht lenger ensparn müg von hunger und von frost, und von geltes not oder von besonder ehehafter not, wie die genant sey, und die ehehaft not sol er benennen.

[12] Statut von Brünn, a. 1243. (Senkenb., vis. div. p. 309): Decrevimus eciam, ut in civitate proprietates habens possit easdem vendere absque impedimento quolibet persone necessitate cogente. — Lüb. Stadtr. Art. VII. (Westphal III, p. 600): Nen Mann mach vorsetten, noch vorkopen, noch vorgeven torfhacht egen, dat he mit sineme Wive heft genomen sunder sines Wives Willen, und erer kindere, — it ne do eme echt not, vangnisse, oder hunger, ofte dat men ene to egene geven sole umme Gelt vor Gerichte. — Lüb. O. St. B. Inscr. v. 1321 (Pauli l. c. No. 199): Notum sit, quod medietatem illius domus — que pertinuit olim Nicholao C. — Woltherus C. avunculus ejusdem pro suis debitis est coram judicio prosecutus. — Alii autem creditores prosecutionem eciam fecerunt cum ipso, sed quia proximus erat dictus Nicholao, — dicta medietas cum omni proprietate ipsi est asscripta. — Freiburger Stadtr. v. 1120,

Dieses Anbietungsrecht wurde von Seiten des Erblassers wohl gewöhnlich im echte Ding ausgeübt, da hier einerseits überhaupt jede Veräußerung statt hatte, andererseits ein etwa nöthiger Zeugenbeweis zur Erbringung der Anbietung am schnellsten und, da das Schöffenzeugniß gesteigerte Rechtskraft hatte, am wirksamsten erreicht werden konnte. Doch haben auch manche Rechte abweichende Bestimmungen. [13]

§. 27. und 28. (Gaupp, deutsche Städtegr. &c. S. 303 f.): Burgensis quilibet uxore sua vivente de omni possessione sua quod vult disponit. Si alter eorum moritur, de proprio et hereditate sua nichil facere potest, nisi famis eum necessitas urgere coeperit, et illam necessitatem juramento probabit; si autem aliquis heredum necessaria sibi ministrare voluerit, de rebus suis non habebit disponendi potestatem. — Nordhäus. Stat. (Senkenb. vis. div. p. 330): Si aliquis vir vel mulier habet bona hereditaria et si patitur defectum rerum potest ea vendere salvo jure et si heredes emere noluerint et si defectus ostensus fuerit coram judicio. — Hamburger Stadtr. v. 1270. I, 8. (Anderson l. c. p. 31): allerhand erve offte gut, dat enem manne anvallen mag offte anvalt van ehren Olderen, — dat ene mag neen man wedde setten offte sellen ane Erve Loff, id en si also, dat id eme not do, deme dat erve tohoret, unde de not schall he bewysen mit erhafftigen lüden, unde vorkopet id dar he will. Dagegen heißt es aber in dem hamb. Stat. v. 1276. I. 6 (Westph. mon. ined. III, 155): so we syn Erve verkopen wyl — de schal idt beden twen synen naghesten Frunden, dar syn Erve upvallen mach, unde will et erer nen kopen, so moet he sin Erve wol vorkopen deme, de em allermest dar umme gheven wil. Trummer, hamb. Erbr. §. 77 f. hat nachgewiesen, daß bei Veräußerungen von Grundstücken, die nicht Erbgut sind, den zwei nächsten Freunden habe angeboten werden müssen, und zwar nach einer Interpretation des hamburg. Raths einem von des Vaters und einem von der Mutter Seite. Aber auch diese Erklärung läßt, wie die Glosse zu der Stelle, Dunkelheit. — Goslarer Stat. p. 26. 37—40: Me ne mach nen ervegut laten ane der erven lof sunder lives not. Nen erve mach men bekomeren oder verköpen ane der erven lof; men ne wille dat irwern uppen hileghen, dat it ime lives not do: so vorkoft het oder bekomeret it wol. — Verm. Ssp. I, 38, 1: man welle is denn geweren uff den Heiligen, das is Lipnot sei. —

[13] Lübisches Recht (Westph. l. c. Art. 154): Hevet aver de gene erven, de sin erve dese wis wil vorgeven, de erven mogent wol weder redhen, wen te men it ane eren vulbort nicht van en keren ne mach, it ne do echt not. — Lüb. Recht v. 1240. §. 7 (Westph. l. c. 640): Nen mann mach vorsetten noch vorkopen noch vorgeven torfacht egen, dat he

Es verstand sich von selbst, daß Niemanden weiter aus der Verwandtschaft angeboten zu werden brauchte, als den zum Einspruche berechtigten Erben; [14] daß aber hierüber auch leicht willkürliche Bestimmungen gegeben werden konnten. [15]

Die Noth selbst mußte eine ehehafte, legitima, d. h. von den Gesetzen als solche anerkannte sein. Sie war es aber nur, wenn ihr unverschuldeter Eintritt erwiesen wurde. Als hauptsächlichste Arten derselben werden sämmtliche Fälle der Leibesnoth aufgezählt: [16] Hungersnoth, Mangel an Kleidung, Gefängniß, sei es außer Landes im offenen Krieg oder Schuldknechtschaft, drükende Schuldenlast, natürlich gleichfalls nur eine unverschuldete. [17] Der Beweis, daß die ehehafte Noth wirklich

mit sineme wive heft genomen, sunder sines wives willen und erer kindere, oft se kindere hetten, it ne do eme echt not, vangnisse oder hunger, ofte dat men ene to egene geven sole umme gelt vor gerichte. dat mot aver he an den hilighen sweren. — Test. Poll. Cos. Vienn. anno 1302 (Duelli hist. equ. Teut. III, 58): Domina Mechthildis relicta Henrici — propter multiformia debita — et ad supplendam vitae suae inopiam, quod vulgariter ehehaft not dicitur, sicut in praesentia nostra approbaverit evidentissime testimonio duorum credibilium virorum.

[14] Bayerisches Landr. (Heumann l. c. p. 106): der sol darnach (nachdem die echte Noth beschworen ist) die nahsten erben anpieten. wellent si ims gelten, als ander läut, so sol er in es gebn. Tätn si des nicht ze kant, hat er gewalt ze geben wem er wil.

[15] z. B. Guta Lagh (Schildners Ausg. c. 38. §. 1. p. 59): Treibt ihn die Noth dazu, so soll er zusagen seinen nächsten Verwandten etc. §. 5. Wenn die nächsten Verwandten nicht vermögen, das Grundstück von denjenigen zu kaufen, die es zu verkaufen genöthigt sind, so kaufen es „Guyslermanni“ (Seitenverwandte) oder „Etarmanni“ (Geschlechtsmitglieder) unter derselben Beschauung. Das Gut soll also allen nach der Successionsordnung Berufenen angeboten werden. — Die Stat. Bremensia v. 1303. Ordn. 68 (Berck, brem. Güterr. N. 223) verlangen blos zwei der nächsten Erben ohne Unterschied. — Das Rigische Recht (Oelrichs IV, 2.) will Anbietung an einen nächsten Erben von väterlicher und einen von mütterlicher Seite. — cfr. Hamburger Stat. v. 1276. I, 6 (s. oben N. 12).

[16] Gosl. Stat. l. c.

[17] Urk. v. 1300 (Guden cod. dipl. I, 922): quod nos dampna intolerabilia usurarum et gravia onera debitorum per nos etc. contractorum, quae super nos occasione dissensionum et praeliorum graviter excreverunt, minuere et futurum periculum precavere ut possimus cupien-

begründet sei, wurde entweder durch Eid oder durch Zeugen erbracht.[18]

Vergleicht man die Urkunden, die über Veräußerungen aus ehehafter Noth aufgenommen sind, so wird in ihnen der Erben häufig gar nicht gedacht, da es sich von selbst verstand, daß sie entweder zugestimmt hatten oder, wenn sie auf den Vorkauf oder die Gutseinziehung nach Hebung der echten Noth verzichteten, ihre Zustimmung rechtlich nicht in Betracht kam.[19] Allein bei dem Streben nach größtmöglichster Sicherheit kann es nicht auffallen, wenn neben der ehehaften Noth auch ihr Consens noch ausdrücklich erwähnt wird.[20] Hierbei ist übrigens nicht zu vergessen, daß sich ein solcher Verzicht der Erben bei Veräußerungen aus echter Noth auf ihr Vorkaufsrecht beziehen oder neben

---

tes — Advocaciam in O. et omnia bona nostra ibidem, quae proprietatis titulo possedimus, etc. vendidimus. — Urk. v. 1353 (Lünig, Reichsarchiv I, p. 1091): so es sache wahre dass uns ehehafftige noth antreffen würde, als gefängnüss, krieg oder ander geschichte, unser oder unser manne ere und leib zu lösen, dass wir dann derselben unser fürstenthumb, land und leut gewaltig seyn, zu thun und zu lassen. — Schwsp. c. 22. — Bayr. Landr. (bei Heumann p. 106).

[18] cfr. neben den bereits citt. Stellen nach Richtes Stig c. 27: So frag: wie du es (not) beweisen solt? So vindet man: zu den heiligen. — Dortmunder Rechtssprüche (Wigand, Archiv IV, 423): ha ne konne wisen lives not als recht ist. — Das lübische Recht verlangt nur den Eid. S. N. 12.

[19] s. die in N. 17. cit. Urk. v. 1300 (aus Guden). — Urk. v. 1306 (Scheidt, Mantissa p. 275, No. 9b): Urgente onere debitorum, a quo non poteramus sine aliqua alienatione rerum et jurium nobis pertinentium relevari, oppidum J. vendimus etc.

[20] Schöffengerichtsprotocoll v. Frankfurt a. 1298. (Cod. dipl. Mönofranc. S. 320): quod Irmengardis, relicta Frederici de E. — propter urgentem et evidentem necessitatem eidem incumbentem accedente consensu puerorum sive liberorum suorum utriusque sexus vendidit etc. XII. jugera terrae arabilis. — Lüb. O. St. B. Inscription v. 1309: Notum sit, quod H. C. emit a Jacobo R. sex marcas den wicbildes, quas coram Coss. resignavit cum consensu proximorum. Sed cum dictum wicbilde staret in jure sicut hereditas per mortem ad aliquem devoluta, dictus Jacobus juravit, quod aliud non haberet, quo uti posset.

der Consensertheilung eine Beschwörung der echten Noth wegen der Abwesenheit eines nächsten Erben erfolgen konnte. [21]

Die rechtliche Natur dieses Vorkaufs ist aber nicht dem römischen jus protimiseos gleichzusetzen. Einerseits liegt in demselben keine Bevorrechtung des Erben, sondern vielmehr umgekehrt eine Schmälerung seines Rechtes. Der Eigenthümer erhält, was ihm sonst nicht zusteht, ein Anbietungsrecht gegen den Erben und freie Hand, wenn dieser nicht helfen oder das Gut nicht kaufen will, indem damit dessen Recht überhaupt erlischt und die vollzogene Veräußerung von ihm nicht mehr angegriffen werden kann. Andererseits bleibt aber das Einspruchsrecht des nächsten Erben in voller Kraft bestehen, wenn ihm der Eigenthümer das zu veräußernde Grundstück nicht zum Vorkauf anbietet. Er hat, wie jeder andere verletzte Erbe, eine dingliche Klage gegen den dritten Besitzer (s. §. 28.). — Dies Anbietungsrecht ist ferner kein Näherrecht. Bei letzterem liegt zwar auch eine Verpflichtung des Käufers zur Herausgabe vor, aber der Retrahent muß den Beklagten durch Bezahlung des Kaufpreises schadlos halten; sein Recht ist eine obligatio, geschützt durch eine actio in rem scripta. Bei dem Anbietungsrecht dagegen kann von einem sog. Eintreten in ein fremdes Contractsverhältniß keine Rede sein, sondern nur von der Schuldenzahlung oder Alimentation des künftigen Erblassers. Bietet der in echter Noth Befindliche nicht an, so verletzt er den nächsten Erben und dieser vindicirt nunmehr in Folge seines dinglichen Rechts das veräußerte Grundstück, als ob der todt wäre, der es weggab; Schadloshaltung muß der widerrechtlich Veräußernde gewähren. [22]

---

[21] Lüb. O. Stb. v. 1351: Notum sit, quod I. H. emit ab E. domum, quam sibi cum uxore sua et pueris suis omnibus praeter unum absentem R. coram Coss. resignavit: propter cujus R. absentiam ipse E. juravit, quod, quoad indigentiam sui uti possit, aliud nil haberet: quo jure coram consilio facto, dicti R. absentia non obstante, Consilium scribi jussit.

[22] Von diesem Vorkaufsrecht war nicht weit zum Retract. Daß aber im lübischen Rechte schon ein wirklicher Retract vorliege, hat Pauli S. 129 keinesfalls damit erwiesen, daß er die Abhandlung Eichhorns in der Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 101—103 anführt, dessen Citat aus dem lübi-

§. 27.

5. Entstehung, Ausübung und Endigung.

Der Ursprung des Einspruchsrechtes liegt in der politischen Bedeutung, die das Landeigenthum für die gesammte Familie hatte. Diese gründete nicht nur ihre natürliche, sondern auch ihre volle rechtliche Existenz auf seinen Besitz und jedes Mitglied der Familie galt deßhalb als zum Gute geboren. Dem nächsten Erben dasselbe zu entziehen gab es kein Mittel, wenn er nicht selbst zu dessen Veräußerung zugestimmt hatte. Das Recht auf Erbe kam den Blutsverwandten zu, ohne daß es eines Actes seiner Erwerbung bedurfte, da schon die Sippe und nur die Sippe die Eigenschaft des Erben gewährte.[1] Um seine Rechte zu haben, war demnach nichts weiter nöthig, als lebendige Geburt, — die Voraussetzung der physischen Persönlichkeit,[2] — und volle Anerkennung dieser Persönlichkeit auch im Rechte, — volle juristische Persönlichkeit. Mängel in diesen Voraussetzungen entstehen:

1) durch die Körperbeschaffenheit der Geborenen;[3]
2) durch uneheliche Geburt;[4]
3) durch Unebenbürtigkeit;[5]
4) durch Eintritt in den klösterlichen Stand;[6]

---

schen Recht (§. 102. N. a.) das Verlangte nicht darthut. — cfr. Kraut, Grundriß, §. 167—172.

[1] Glosse zum Ssp. II, 30. (Gärtner p. 238): Die Sachsen halten sich gar schecht und einfältiglich in diesem Stük, was Erbnemung belanget, nemlich, dass Niemand eines Sachsen Erb wegen geschehener Wahl, noch eines Gelübdes nemen mag, sondern allein nach der Syppe Zal.

[2] Ssp. I, 33: — wirt dat kint levendich geborn, — dat kint behalt des vaters erve.

[3] Ssp. I, 4: Uppe altvile unde uppe dverge ne irstirft weder len noch erve, noch uppe kropelkint. — De meselseke man ne untveit weder len noch erve.

[4] Ssp. III, 72: Dat echte kint — behalt sines vader schilt, unde nimt sin erve unde der muder.

[5] Ssp. I, 17. §. 1: — Sve so dem anderen evenburdig nicht ne is, de ne mach sin erve nicht nemen.

[6] Ssp. I, 25. §. 1: De pape delet mit dem bruder unde nicht die

5) durch Indignität;[7]

6) durch Friedlosigkeit.[8]

Ehe das Kind geboren ist, hat es keine Berücksichtigung im Privatrechte zu erwarten. Denn Ungeborene haben noch keine Persönlichkeit. Deßhalb enthält die in Urkunden so häufig angeführte Zustimmung erst zu erwartender Sprößlinge keine rechtliche Bedeutung. Nachgeborene können eine Veräußerung nicht anfechten.[9]

Während der **Unmündigkeit** fehlt dem Erben die vollkommene juristische Handlungsfähigkeit und da er in Folge dessen keine Veräußerung vornehmen kann, auch die Möglichkeit, auf das ihm zustehende Einspruchsrecht zu verzichten. Wie aber eine ohne den Willen des nächsten Erben vorgenommene Veräußerung deßhalb nicht ipso jure nichtig ist, so kann dies auch nicht der Fall sein, wenn sie erfolgte, so lange der Erbe rechtlich seinen Willen zu äußern nicht im Stande war. Die Veräußerung ist an sich gültig, aber durch den mündig gewordenen Erben anfechtbar. Diese Anfechtung zu verhindern ließ der

---

monik. — Schwsp. c. 27: — Begit sich aber ein chnabe. — der hat sich erlediget. — von erbetail.

[7] Ssp. III, 84. §. 1: Svie deme anderen gut geweldichliken nimt bit an jenes dot, alle recht hevet he an deme gude verlorn. §. 3. Dodet ok en man sinen vader oder sinen bruder oder sinen mach oder jemanne, des egenes — he wardende is, al sine wardunge hevet he verloren.

[8] Ssp. I, 38. §. 2: Die ok jar unde dach in des rikes achte sin, die delt man rechtlos, unde verdelt in egen unde len, — dat egen in die koningliken gewalt. Ne tiet de erven nicht ut der koningliken gewalt binnen jar unde dage mit irme ede, se verleset it, — it ne neme in echtnot, dat se nicht vore komen ne mogen.

[9] Ssp. I, 21. §. 2: Liftucht ne kan den vrowen neman breken, neweder naborne erve, noch neman uppe den dat gut irstirft. — Doch wird auf den nasciturus, der nach des Vaters Tode vorhanden ist, schon Rücksicht genommen; Ssp. III, 38. §. 2: Dat wif ne sal men nicht verwisen ut ires mannes gude, als he stirft, de dar kint dreget, er sie 's geneset. — Urk. a. 1296 (Haltaus l. c. S. 373): quod cum B. ecclesiam in H. impeteret, quod pater suus bona sua quondam ipsi ecclesiae vendidit, asserens se et sororem sam B., quae tunc gestabatur in utero vel fortasse in cunabilis vagiebat, jus validum habere.

Erwerber des Grundstücks sich vielfach Bürgschaft leisten.[10] War es den Bürgen nicht möglich, die versprochene Zustimmung zu erbringen, so hafteten sie für Eviction, wobei gewönlich noch eine Conventionalstrafe sie traf.[11] Ob der mündig gewordene nächste Erbe einwilligen oder die Veräußerung umstoßen wollte, hing ganz von seiner Willkür ab.[12] Es finden sich sowohl

---

[10] Viele Beispiele finden sich in den Urkunden. So versprechen die Eltern in einer Urkunde v. J. 1217 (Heineccii antiq. Gosl. p. 216): quia, quorum consensus erat in hoc facto requirendus, tempore illo, quo hoc factum fuit, ad annos discretionis non pervenerunt, quod eos inducerent ad renunciandum et perducerent tunc cum de jure consentire et renunciare possent. — Urkunde v. 1312 (eod. S. 329): Caeterum pueri nostri, — cum ad annos discretionis et legitimos pervenerint, — venditionem nostram rectam et firmam tenebunt, et omni juri, quod ad ipsos in tali manso devolvi posset, penitus renuntiabunt, pro his quidem pueris nostris et pro hujus rei processu una nobiscum quatuor milites fide data firmiter promiserunt. — Die Zustimmung eines unmündigen Sohnes des Veräußerers wird von seinen Brüdern versprochen in einer Urkuude v. 1335. (Leyser, diss. de j. leg. §. II.): Pro filio vero meo H. infra annos intelligibiles existente fidejusserunt dicti filii mei O. et J. et B., — quod, cum ad annos discretionis pervenerit, facto patris nullatenus contradicat. — Zustimmung einer unmündigen Tochter wird zugesagt in einer Urk. v. 1297 (Duelli exc. gen. p. 183): und wand an mein tochter M. und D. zu ihren jaren nicht kommen warn, da ich daz vorgenante gut von mir gab, hat sich D. und R., mein pruder, und D. von S., mein geschwei, und S. und C. mein oheimen datz willechlichen angenomen, daz si mein tochter — darzu pringen schullen, swan si man gewinnen. — Selbst für den Consens der Geschwisterkinder wird Bürgschaft geleistet in einer Urkunde v. 1205 (Kindlinger III, 1. 123. No. 46): pro filiis ipsarum (sororum) fidejusserunt socer ipsius Th. de O. et G. de G.

[11] Verkaufsurkunde vom J. 1244 (Meichelb. hist. fris. II, 1. p. 22), in welcher der Verkäufer sich vor Empfang des Kaufschillings von 500 Pfund verbindlich macht: Domino Episcopo certos dare fidejussores, qui ad hoc se obligare tenentur, ut si forte aliqua persona linea consanguinitatis attinens seu etiam non attinens, praefatam villam evicerit de jure, quod praescriptas 500 libras et omne dampnum inde proveniens ipsi totaliter restituent.

[12] Schwsp. c. 24. (s. ob. §. 20. a. E.) — Goslar. Stat. p. 19, 30—35: Were aver der kindere eyn to sinen iaren komen, dat mochte de vulbort (der kindere mage — also ihrer Vormünder) wol wederspreken.

Beispiele, daß seine Zustimmung erfolgte, [13] als Prozesse, weil sie nicht ertheilt wurde. [14] Welcher Mündigkeitstermin aber zu Grunde gelegt wurde, ob der Erbe, um sein Recht ausüben zu können, zu seinen Tagen gekommen sein mußte oder ob es genügte, wenn er zu seinen Jahren gekommen war, scheint, nach den angeführten Quellenstellen zu schließen, verschieden normirt gewesen zu sein, die letztere Bestimmung jedoch wohl vorgeherrscht zu haben. [15]

---

[13] Urk. v. J. 1251. (Möser, Verm. Schr. I, 262): quoniam omne dominium in U. ad me, sicut ad veram heredem, pertinuisse dignoscitur, cum ad annos discretionis perveneram, — consensi et consentio per praesentes. — Urk. v. 1290. (Günther, l. c. II, p. 427. No. 355): cum Th. pater meus, me extra terminos et infra annos legitimos existente, vendidit honorabilibus viris Abbati L. — curtem nostram, — ego per praesentes eandem venditionem affirmo.

[14] Urk. v. J. 996 (Lünigs Reichsarchiv, Spic. eccles. I, 1171): Quidam comes Wichmannus magnam certae proprietatis suae partem donaverat monasterio Etten. Post ejus mortem altera filia hanc partem exposcens dicensque, quod pater ejus secundum Saxonicam legem absque ejus consensu et licentia nullam potuisset facere traditionem, totam patris sui donationem perduxit in errorem. — Urk. v. J. 1296 (s. oben in Note 9).

[15] Der Ssp. spricht sich nicht aus; eine Paderborner Urk. dagegen (s. Kindlinger III, 1. p. 27. No. 11.) erwähnt den Consens eines Sohnes, qui annos duodecim impleverat, verlangt also nur, daß der Erbe zu seinen Jahren gekommen sei. Nimmt man an, daß das Hamb. Stat. von 1270, I, 12 (Anderson p. 35): Dat en mag nen Frawe weddersprecken offte vullborden ane Vormund und ok neen kind, dat benedden 20 Jaren is — nur Zuziehung des Vormunds zur selbständigen Consensertheilung des zu seinen Jahren Gekommenen verlange, so entsteht kein Widerspruch gegen jene Fixirung der Mündigkeit. Ebenso fordern die Gosl. Stat. 18, 21—29; 26, 36—42 blos, daß man nicht mehr binnen sinen iaren is. (s. S. 26. 38 und 39. Nen erve mach men bekomern oder verköpen ane der vormunden wilen und der erven gelof. S. 18. 21—23. Nen vormunde scal ok ervegut — des kindes verkopen noch bekomern di wile it binnen sinen iaren is ane der anderen des kindes mache willen). — Der Schwsp. c. 24. will, daß die Erben „zu ihren Tagen" gekommen seien. Nach c. 54, welches den Ausdruck: „zu seinen Tagen kommen" erläutert, bezeichnet er die Zeit, welche der Ssp. unter dem Worte begreift: über seine Tage gekommen sein. Aus c. 60 geht aber klar hervor, daß der Schwsp. die unbeschränkte Handlungsfähigkeit mit dem 14. Jahre beginnen läßt, und vergleicht man

Aus den Schwsp. (c. 24. a. E.) und den zahlreichen Urkunden über Bürgenstellung für die nachfolgende Zustimmung des jetzt Unmündigen und über Processe der mündig gewordenen Erben erhellt, daß eine Vertretung des Mündels durch den Vormund in der Regel nicht erfolgen konnte. Es gibt jedoch Rechte, welche gestatten, daß Unmündige mit Beistimmung ihrer Vormünder auf ihr Einspruchsrecht verzichten.[16]

War der Erbe mündig geworden, so konnte er nun selbständig sein Recht ausüben und schützen. Dies geschah im echte Ding. Denn hier mußte jede Veräußerung von Grundeigenthum, sollte sie überhaupt rechtsgültig sein, vorgenommen werden. Da im echte Ding sämmtliche Gerichtseingesessene erschienen, öffnete sich dem Erben die Gelegenheit, sein Recht zu wahren[17] (s. oben §. 10). Die Form der Zustimmung war übrigens gleichgültig. Es konnte eine ausdrückliche wörtliche Abgabe derselben erfolgen, wobei die verzichtenden

damit c. 51, welches denjenigen, der das 18. Jahr erreicht hat, als zu seinen „vollen" Tagen gekommen bezeichnet, so leuchtet ein, daß auch der Schwsp. in dieser Frage keinen andern Mündigkeitstermin ansetzen will, als das 14. Jahr. Dem widerspricht nicht, daß es in diesem c. 51. heißt: wil er so mag er vor munt haben. wil er er mac sin wol och enbern. Die Stelle erklärt sich wie die obige aus dem Hamb. Stat. Die Verwirrung rührt aus dem römischen Rechte.

[16] Hamburg. Stat. v. 1292. E. 25. und 1497, K. 8. (Anderson l. c. S. 284 und 446): Welk man edder vrowe ghuet vergheven wil, dat eme van sinen olderen edder van synen vründen anghestorven is na sineme dode to ghevende, unn volbordet dat de ghene, de sin neghiste erve is, dar dat ghuet to rechte up vallen mochte — dat schal stede bliven. — Aver aldus dann ghift en mag neen unmündig minsche gheven edder volborden sunder vormunt. — Lüb. O. St. B. v. 1284: Notum sit, quod A. de U. emit de W. de Cl. et suo filio H. mediam partem cujusdam hereditatis, — quam sibi cum procuratoribus pueri coram Coss. resignavit. — Goslar. Stat. 18, 21—23: Nen vormunde scal ok ervegut — des kindes verkopen noch bekomeren di wile it binnen sinen iaren is ane der anderen des kindes mache willen. —

[17] Ganz mit Recht bemerkt Beseler, Erbverträge I, S. 143, „daß es nicht einzusehen wäre, wie ohne die Auflassung den Erben die Gelegenheit gegeben wäre, ihr Anrecht am Grundbesitz geltend zu machen, welches sie doch verlieren sollten, wenn sie sich verschwiegen".

Erben gewöhnlich auch an den Symbolen der Auflassung Theil nahmen,[18] oder es konnten die Erben auch durch ihre Unterschrift in der über die Auflassung aufgenommenen Urkunde ihren Willen erklären.[19] Weder das eine noch das andere war jedoch ein nothwendiges Erforderniß. Es genügte vielmehr die blose Anwesenheit des Erben im Gerichte, ohne daß von seiner Seite ein Widerspruch gegen die Veräußerung erhoben wurde. Stillschweigen galt als Zustimmung.[20] War der Erbe vor Gericht nicht zugegen, so konnte dieser Mangel durch Ratihabition[21] oder Klagverjährung oder zum Voraus ertheilten Consens gehoben werden. Durch eine solche, besonders bei Abschichtungen und Auseinandersetzungen zum Voraus gegebene Consensertheilung des nächsten Erben war es möglich, dem Erbgut die Eigenschaft des gewonnenen Gutes zu verleihen.[22] Selbst die

---

[18] Auflassung mit gesammter Hand, communicata manu. S. österr. Landr. XIII. (oben §. 25. N. 32) und viele der Urkunden in §. 20, besonders aus der früheren Zeit.

[19] s. viele Urkunden dieser Art in §. 20.

[20] Ssp. II, 6. §. 4: Svelke gave die man siüt, oder svelk ordel die man vinden hort, ne weder redet he des tohant nicht, dar na mach he 's nicht weder reden. — Richtst. Landr. c. 25. (Senkenb. p. 161): Wer oik, dat du den Koep, Giffte, off dat Oplaten seges, doe dat geschieden, ende doe dat nit en weder sprekes. So vrage hie: Wer du id un wederspreken mogest? So vünt men: du en mogest. — Verm. Ssp. I, 46. 4 (Ortloff): wer hyrzcu kegenwärtigk ist unde san swigt, der sal imer swigen. — cfr. Hamb. Stat. v. 1270. I, 12. p. 34. — Urk. v. 1253 (Günther, l. c., II, 263. No. 156): Coram heredibus libere renuntians non obstante alicujus contradictione. cfr. zahlreiche ältere Urkunden. — Vergl. Wormser Dienstrecht Art. 6: Si quis praedium vel hereditatem suam infra Familiam vendiderit, et aliquis haeredum suorum praesens fuerit et nihil contradixerit; vel si absens aliquis haeredum est, postea resciverit, et si infra spatium illius anni hoc reticuerit, postea jure carebit.

[21] z. B. Urk. v. 1174. (Günther, l. c. I, p. 181. No. 86): alter filius Godefridus, qui tunc adesse non potuit, postea in facie nostra et totius congregationis similiter fecit; und oben N. 13.

[22] Lüb. O. St. B. v. 1301: Notum sit, quod Gesa, relicta Jacobi R., et Gerardus, filius ejus, exseparaverunt a se Jacobum, filium dicti Jacobi R., de omnibus, quae ad eum ab eis poterint pervenire. Dicta etiam Gesa et Gerardus filius ejus utentur hereditatibus suis ubicunque sitis sicut mercatoriis

Gewißheit, daß einer der Erben nicht zustimme, hinderte die Vollziehung des Geschäftes nicht immer. Denn sein Klagerecht konnte durch Verjährung erlöschen oder Bürgschaft für die Beibringung künftiger Zustimmung gestellt werden. Nur durfte natürlich der Widerspruch nicht sogleich bei der Veräußerung im Gerichte selbst geltend gemacht werden, weil er die Vollziehung des ganzen Geschäfts gehindert hätte.[23]

Hat der Erbe nicht ausdrücklich seinem Einspruchsrechte entsagt, so kann er es durch Verjährung seiner Klage (s. §. 28) verlieren, sowie durch den Austritt aus dem Erbenverhältnisse in Folge einer Abschichtung oder eines Erbverzichtes.[24] In diesem Falle geht jedoch das Einspruchsrecht nicht gänzlich verloren, wenn der Verzichtende der Beerbung nicht ganz entsagt, sondern nur unter Modificationen und zu Gunsten bestimmter Personen. Der Verlust des Einspruchsrechtes reicht dann nur soweit, als das Erbrecht durch den Erbverzicht erloschen ist. Wo daher jenes wieder beginnt, muß es auf gleiche Weise mit dem Einspruchsrechte der Fall sein. Dasselbe Verhältniß tritt bei der Absonderung ein, da sie nur gegenüber von solchen Geschwistern wirkt, die mit dem absondernden parens im Gute sitzen bleiben. Fallen letztere weg oder sondert der parens auch sie aus, so tritt das Erbrecht der ersteren und also auch ihr Einspruchsrecht wieder ein.

§. 28.

6. Schutz.

Das Princip der Klage des nächsten Erben gegen Verletzungen des Einspruchsrechtes ist in den Quellen mit klaren

---

bonis suis. Actum cum consensu puerorum dictae Gesae et aliorum, quorum interest, coram Coss. mediantibus procuratoribus dicti Jacobi et sui fratris.

[23] Dipl. Episc. Basil. anno 1232. (Haltaus l. c. S. 364): tradet et — promittet, quod — L. filium suum, qui nunc ab eo dissentit, ad hoc inducat cum effectu, ut de curtibus — consentiat. — Uebrigens waren hier besonders die Stadtrechte seit Einführung der Stadtbücher viel strenger; so z. B. das lübische Recht. (Pauli l. c. I, S. 132 ff.)

[24] Solcher Erbverzichte erwähnt der Ssp. I, 13. §. 2: Hadden aver se ir ervedelunge dar an verloft, der solen se umberen. — Urk. v. 1335. (Hal-

Worten ausgesprochen: Ssp. I, 52. §. 1: — Gift he 't weder rechte sunder erven gelof, die erve underwinde 's sik mit ordelen, als of he dot si jene de 't dar gaf, so he 's nicht geven ne mochte.

Richtst. Landr. c. 25. (bei Senkenberg p. 161): So vrach: Na deme dat he des vor gerichte bekande, dat het upp gegeven hebbe, eft ick my det icht unterwinden mute, als eft he dot were? — Dat vint me.

Schwsp. c. 22, 1: Geyt eyner seyn eygen wider seyner erben willen hin, und on des vogts ding, sy sullen fur den richter varen unnd sullend es u 'sprechen, unnd der richter soll es antwurten den erben.

Aus diesem offen dargelegten Grundsatze erklären sich alle Consequenzen der Klage. Der Erbe, dem ein dingliches Recht an den Immobilien des Erblassers zusteht, vermöge dessen er jede Veräußerung, die ohne seinen Willen erfolgte, anzugreifen vermag, bekommt zu diesem Zwecke nicht etwa blos eine Klage, um sich in der Erhaltung dieses Verhältnisses zu schützen, sondern die Vindication, wie sie dem Veräußerer selbst gegen eine Entziehung seines Eigenthums zugestanden hätte. Seine Klage ist eine Klage um Eigen.[1]

Diese Eigenklage stützen die Quellen auf die Fiction eines erfolgten Erbgangs. Da nach deutschrechtlicher Anschauung beim Tode des Erblassers der Nachlaß in die einzelnen in demselben enthaltenen Vermögensstücke zerfiel und dem Erben ipso jure an jedem der letzteren dasjenige Recht zustand, welches der Erblasser gehabt hatte; so mußte in Folge dieser Fiction, die den Veräußerer als rechtlich todt erscheinen ließ, das Eigenthum desselben an den Immobilien, die er widerrechtlich veräußerte,

---

taus (S. 365): Huic venditioni consensus filiae meae A. non oportuit ut adesset, quia, cum eam nuptui traderem, hereditati meae penitus renuntiavit, audientibus boni testimonii viris, qui ejus nuptiis affuerunt.

[1] Richt. Stig. c. 23a: Clagen umb eigen, die gescheen und kummen zu in fünferley weisz. Die dritt ist davon, das ein itlicher sein eigen aus sinen geweren let an erben gluebd.

als durch Beerbung auf den Erben übergegangen erscheinen. Die Klage war also die Vindication ererbter Inmobilien.[2]

Ein Schutz in dem dinglichen Rechtsverhältnisse des nächsten Erben zum Grundstücke konnte nicht eher erfolgen, als der Angriff durch eine widerrechtliche Veräußerung statt gehabt hatte. Diese ermöglicht den Eintritt der Fiction einer anticipirten Erbfolge,[3] so daß nach dem Grundsatze: der Todte erbt den Lebendigen das Recht des Erblassers auf den Erben übergeht. Das Grundstück wird Eigenthum — Erbe und Eigen — des zur Anfechtung des Veräußerungsgeschäftes Berechtigten; das Eigenthum ist also Fundament der Klage.

Derselbe Grundsatz findet auch in andern Fällen Anwendung. Wurde Jemanden in Folge ergangenen Urtheils sein Gut zur Strafe aberkannt, — sein Erbe „vertheilt", — wie dies dem Friedbrecher, dem Friedlosen und demjenigen geschieht, dessen Gut wegen nicht bezahlter Wetten sequestrirt wurde; — so erhält in allen diesen Fällen der nächste Anwärter aus demselben Grunde eines schon jetzt erfolgten Erbgangs, also einer Beerbung, die Vindication.[4] Die gleiche Fiction wird bei demjenigen angewandt, der in den klösterlichen Stand eintritt; der nächste Erbe erhält sein Erbgut, als ob der todt wäre, der diesen Stand ergreift.[5] Auf dieses Princip beruft sich auch die

---

[2] s. Gerber, System des deutschen Privatrechts, §. 81. N. 4. — Albrecht, Gewere, S. 36, schreibt dem nächsten Erben die juristische Gewere in seinem Sinne zu, d. h. eine dingliche Klagbefugniß, unabhängig gedacht von dem unterliegenden Rechte des Erben. — s. hiergegen Gerber in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. N. F. XI. S. 39 ff. und Walter, Rechtsgeschichte §. 494. Der nächste Erbe hat schon vor der Veräußerung eine „Gewere", d. h. Schutz in seinem Verhältniß zu den Immobilien des künftigen Erblassers. Er wird geschützt in seinem Rechte, durch Verweigerung der Zustimmung zu einer Veräußerung das Grundstück sich selbst als dem nächsten Erben und damit der Familie zu erhalten.

[3] Albrecht, l. c.

[4] cfr. Schwsp. c. 49. — Ssp. I, 38. §. 2. II, 41. §. 1. und 2.

[5] Goslar. Stat. 10, 1—3: Beghift sich en de to sinen iaren komen is, sin neyste nimt sin erve de dat nemen scolde of he dot were. kumt he ok weder ut, he ne mach sin erve nicht weder an gripen.

Glosse zum Ssp. I, 25, indem sie auf die Frage: Warum nimt denn der Mönch nicht Erbe? antwortet: Diess geschieht darum, dass man ihn in der Welt für todt achtet.

Trotz der öfteren Anwendung dieser Fiction in den Quellen, um den Uebergang des Eigenthums von Seite des Veräußerers auf den Erben zu erklären oder vielmehr, — da der Gesammtcharakter des deutschen Rechts noch das Gepräge an sich trug, die factischen Verhältnisse mit einer Klage, also die mannigfaltigen Thatsachen mit einer juristischen Form zu bekleiden,[6] — um die Erbschaftsklage zu rechtfertigen, haben doch Eckardt, Zeitschrift für deutsches Recht X. S. 449, N. 46 und Siegel, das deutsche Erbrecht, S. 119, sich gegen diese Fiction erklärt, weil sie keinen innern juristischen Grund abgebe.

Eckardt nimmt als Princip an, daß „durch den Verzicht des Veräußerers auf sein Eigenthum dem Eigenthum des Erben Platz gemacht werde", und sucht diesen Satz durch das kleine Kaiserrecht II. c. 103 [7] zu beweisen. Allein dieses bezieht sich nicht auf das Einspruchsrecht des nächsten Erben, sondern auf ein ganz anderes Verhältniß, nämlich auf die Veräußerung des angefallenen Erbguts eines Sohnes, das der Vater in Nutznießung hat. Handelt es sich aber um die Frage, ob Eckardts Princip einen juristischen Grund abgebe, so läßt sich zwar nicht bestreiten, daß jede auch nur theilweise Veräußerung einer Immobilie einen verhältnißmäßigen Verzicht des Veräußerers auf den Inhalt des Eigenthums in sich trägt; allein daraus folgt noch nicht ein Uebergang dieses Inhalts auf den nächsten Erben. Auch liegt nicht in jeder Veräußerung, die der Erbe anzufechten befugt ist, ein Verzicht des Veräußerers

---

[6] Gerber, System §. 72.

[7] Kl. Kaiserr. II. c. 103: Wo der man verkauffet gut, do der son mede geerbet ist, unn verhenget ez der son nicht, daz gewinnet her weder met rechte by dez vater lebtagen, unn ist denn dez sones, unn nicht dez vaters. So mag ez der son verkauffen med rechte, ader vergeben ane des vaters willen, sint der vater sines rechtes vertzych, do hers verkouffte. — cfr. Gerber, meditationes etc. p. 10, und Siegel, l. c. S. 118 (der sich übrigens in N. 444 derselben Flüchtigkeit schuldig macht).

auf das Eigenthum (die Eigengewere). Dennoch steht dem Erben das Recht des Einspruchs zu, wenn auch eine blos theilweise Veräußerung statt hat, und die Vindication, wenn sein Recht verletzt wird. Die Bestellung einer Leibzucht ohne Zustimmung des Erben enthält keinen Verzicht des Veräußerers auf sein volles Eigenthum und doch ist sie anfechtbar und der Erbe kann vindiciren, hat also eine Eigengewere. Aus der blos theilweisen Beschränkung des Eigenthums, die in der Constituirung einer Leibzucht liegt, läßt sich aber kein Uebergang des vollkommenen Eigenthums auf den Erben erklären. Denn wenn auch wirklich jene Erklärung einen juristischen Grund enthielte, daß durch den Verzicht des Veräußerers auf sein Eigenthum nun nicht derjenige zum Eigenthümer wird, dem er es übertragen wollte, sondern vielmehr der Erbe; so konnte dieser durch jenen Verzicht doch nicht mehr Rechte erlangen, als der Verzichtende aufgeben wollte. Wenn demnach dieser nicht auf sein Eigenthum, sondern blos auf die unbeschränkte Ausübung desselben verzichten wollte, so hätte dem Erben kein Eigenthum zufallen können, sondern nur die Befugniß, auf welche der Eigenthümer verzichtete. Und doch sagen die Urkunden, daß, wenn Jemand ein Zehntrecht auf sein Gut legt, der Erbe diese Beschränkung der vollen Freiheit des Eigenthümers durch die Vindication des Grundstücks im Falle einer Verletzung seines Einspruchsrechtes aufheben könne, daß ihm also nicht das constituirte Zehntrecht, sondern das Eigenthum zustehe.

S i e g e l hat deshalb mit Recht Eckardts Ansicht verworfen. Er selbst hat aus den Schlußworten des R i c h t s t. l. c.: So frag: — ab ich mich es icht pillich mit recht underwinden muge, also ab er tot wer, n a c h d e m a l s e r e s v e r g a b, a l s e r e s n i c h t v e r g e b e n moch't, — welche Worte übrigens auch der Ssp. l. c. hat, — den Grundsatz hergeleitet: „daß derjenige, welcher sich ein größeres Recht, als ihm zusteht, anmaßt, a u c h d i e Befugniß verliert, in Betreff deren er bisher des Schutzes genoß; der andere, beschränkt Berechtigte dagegen nunmehr der einzig Berechtigte wird.“ Dieses Princip stammt wohl aus folgender Stelle des Ssp. I, 16, §. 1:

Nieman ne mach irwerven ander recht, wan als im an geboren is. Versmat aver he sin recht vor gerichte unde seget he ime to en ander recht, des he nicht vulkomen ne kan, he verlüset beide. Daß in dieser Stelle aber unter dem größeren Recht etwas ganz anderes verstanden ist, leuchtet ein. Die Wirkung dieses Grundsatzes soll sich ferner noch darin äußern, daß, wer eine Leibzucht hat, sich aber das Eigenthum anmaßt, zur Strafe jene verliere.[8] Wie in solchem Falle der beschränkt Berechtigte sich mehr Recht anmaße, als ihm gebühre,[9] so thue es auch der ohne Consens Veräußernde und deshalb verliere er sein ganzes Recht. Diese Darstellung hat nur die äußerliche Aehnlichkeit grundsätzlich verschiedener Fälle für sich. Wenn der Eigenthümer veräußert, so maßt er sich kein fremdes Recht an; er hat Eigenthum und eine Veräußerung ist nichts anderes als die Geltendmachung desselben. Freilich ist er in diesem Rechte durch den nächsten Erben beschränkt. Allein veräußert er ohne dessen Consens, so maßt er sich nicht das fremde Recht desselben, das Recht der Dispositionsbeschränkung an. Er greift nicht in ein anderes ihm nicht zustehendes Recht über, wie z. B. die Frau, die Eigenthum an einer Sache anspricht, an welcher ihr nur die Nutznießung zukommt. Auch versteht sich von selbst, daß sich in diesem letzteren Falle das volle Eigenthum consolidirt; ein ganz anderes aber ist das Verhältniß, welches aus der Verletzung des dinglichen Rechts der nächsten Erben, eine Veräußerung ihrem Einspruch zu unterstellen, den Uebergang des Eigenthums an dem veräußerten Grundstücke erfolgen läßt.

Während nun das von Siegel aufgestellte Princip in den Quellen nicht begründet ist, wird von ihm ganz unberücksichtigt

---

[8] So bestimmt dies der Ssp. I, 21. §. 2. rücksichtlich der Ehefrau, worauf sich Siegel bezieht; aber auch das Kl. Kaiserrecht rücksichtlich der Nutznießung des überlebenden Ehegatten am Vermögen der Kinder. cfr. Kl. Kaiserrecht II, 103. s. oben N. 7.

[9] Jedenfalls verliert er nicht zwei Rechte, sondern nur das eine, das er hat.



gelassen, daß dieselben ausdrücklich von einer Erbschaftsklage handeln. Sowohl der Richtsteig als der Sachsenspiegel geben dem Erben die Vindication aus dem Grunde, weil der Veräußerer als todt gelten solle, nachdem er auf eine Weise weggab, auf welche er nicht weggeben sollte. Schon die Wortinterpretation der Quellen liefert als Begründung der Eigenklage die Fiction des Eintritts einer Beerbung und macht die Klage somit zur Eigenklage um ererbtes Gut. Denn das Unterwinden geschieht durch den Erben, als wäre der widerrechtlich Weggebende todt. Die Widerrechtlichkeit einer ohne Zustimmung des nächsten Erben erfolgten Veräußerung begründet im einzelnen Falle eine Klage; allein die Möglichkeit einer Klage um ererbtes Eigen liegt in der Fiction des eingetretenen Todesfalles.[10]

Daß die Verletzung des Einspruchsrechtes einen Verlustgrund des Eigenthums für den Veräußerer erzeugt, ließe sich also durch die Anwendung des von Siegel aufgestellten Princips nicht einmal erklären; denn es paßt nicht, weil der Eigenthümer sich kein anderes größeres Recht anmaßt, als ihm zusteht. Die ganze Aufstellung bleibt aber ferner unbewiesen. Siegel schlägt den Weg ein, in zwei ihrem juristischen Charakter nach ganz verschiedenen Rechtssätzen ein gemeinsames Princip zu suchen, das nicht aus höheren Rechtssätzen als deren Consequenz erwiesen wird, sondern die Darlegung seiner Berechtigung eben wieder in den zu erklärenden Fällen erhalten muß. Ein solches Princip können sie aber nicht haben, weil ihre Aehnlichkeit, wie gezeigt, nur eine äußerliche ist. Und schließlich, wollte man auch Siegels Grundsatz annehmen, bleibt immer doch die Frage, warum, wenn der Eigenthümer durch die Ueberschreitung seiner Dispositionsbefugniß sein Eigenthum verliert, dieses nunmehr

---

[10] Dies enthält wörtlich der Richtst., der den Beisatz des Ssp.: jene de 't dar gaf, so he 's nicht geven ne mochte, nicht hat. Denn na des oder nach dem ist zwar hin und wieder conjunctio causalis, aber regelmäßig ordinativa, und bestimmt hier den Zeitpunkt, von welchem an die Klage angestellt werden kann. Die Worte des Ssp.: jene de 't dar gaf u. s. f. bezeichnen das Subject.

dem nächsten Erben zufällt. Denn ein nothwendiger Zusammenhang zwischen dem einen und dem andern läßt sich nicht absehen.

Die Klage des Erben ist die Vindication ererbter Immobilien. Daraus folgt:

1) Dem vindicirenden Erben gegenüber erscheint der Empfänger als ungewert. Denn er kann sich auf den Veräußerer als seinen Geweren nicht berufen, da dieser rechtlich für verstorben und der Eigenthumsübergang als auf den Erben erfolgt angenommen wird.[11] Der Erwerber hat zwar einen persönlichen Anspruch gegen den Veräußerer. Allein da dieser dem vindicirenden Erben gegenüber als verstorben erscheint, persönliche Ansprüche an den Erblasser aber gegen dessen Erben nicht verfolgt werden können,[12] so kann der Erwerber gegen die Klage sich nicht auf die Verpflichtung des Veräußerers zum Schutze berufen. Von selbst versteht es sich aber, daß denjenigen Erben gegenüber, welche ihre Klage nicht auf die Verletzung des Einspruchrechtes gründen, der Veräußerer als Gewere des Empfängers auftreten kann.

2) Aus der Vindication des Erben folgt, daß der Richter ihm für den Fall des Sieges das Eigenthum auszuantworten hat und das Grundstück nicht an den früheren Eigenthümer, da dieser als verstorben gilt, zurückfallen kann.[13] Der Erbe vindicirt, weil er durch Erbgang das Eigenthum erhalten hat: denn der Veräußerer gilt als verstorben. Es bleibt demnach keine Möglichkeit, in das alte Verhältniß, wonach der Erbe nur ein Einspruchsrecht bei Veräußerungen hatte, zurückzukehren, da der Veräußerer selbst als Verstorbener kein Eigenthum an der Immobilie mehr haben kann. — Pauli, Abhandlungen aus dem lüb. R. I, S. 131, glaubt, es ergebe sich aus der Natur

---

[11] Schwsp. c. 22. I.

[12] Ssp. I, 9. §. 6: Stirft aver jene de 't (gut uf) laten solde, sin sone n' is nicht plichtich to latene, he ne hebbe 't selve gelovet oder bürgen vor gesat.

[13] Schwsp. l. c.

der Sache und aus den Worten des Ssp.: „gift he 't weder rechte," daß der zur Revocation berechtigte Erbe das zurückgeforderte Grundstück nur dann zu Lebzeiten des Veräußernden habe behalten dürfen, wenn dieser in arglistiger Absicht, den Erben an seinem Rechte zu kränken, veräußert habe. Allein diese Meinung verstößt einerseits gegen das Princip der Revocationsklage, nach welchem fingirt wird, der Erbe habe das Eigenthum der Immobilie durch Erbgang erhalten; andererseits spricht die Stelle des Ssp. nicht von einer in arglistiger Absicht unternommenen Veräußerung, sondern von der Rechtsverletzung und Widerrechtlichkeit gegen den Erben, die in jeder Veräußerung liegt, zu welcher seine Zustimmung nicht eingeholt wurde. Auch die Hildesheimer Statuten [14] können richtig verstanden nicht das Gegentheil erweisen. Wenn, wie Pauli S. 132 sagt, „in einer Zeit, wo die Familie noch enger verbunden, ihre Glieder nicht in mehren Ländern zerstreut waren, keine Ungewißheit über die Person des nächsten Erben stattfinden konnte," so läßt sich kaum der Fall denken, daß eine Veräußerung, zu welcher der nächste Erbe nicht zugezogen wurde, bona fide erfolgt sei. Immerhin erscheint die Verschuldung als eine so bedeutende, daß eine Berücksichtigung der Berufung auf guten Glauben nicht erfolgen und die Handlung für den Veräußerer unschädlich machen konnte. Waren die Stadtbücher auch in einer Art eingerichtet, daß sie widerrechtliche Veräußerungen fast unmöglich machten, so läßt sich doch nicht annehmen, es sei dem Veräußerer, wenn er dennoch unter Verletzung der Rechte des nächsten Erben veräußert hatte, das Gut wieder angefallen. [15] —

[14] s. Pufendorf, observ. jur. univ. T. IV. app. p. 287. Art. 2: Nein man noch nein vrowe moghen nicht vorgheven in erme suchtbedde an der erven lof. Gheven se ock wat hemlike enwech, unde wordet den erven to wetene, se mochten et mit rechte vorderen.

[15] In dem von Pauli l. c. S. 134 angeführten Beispiele geschah die betr. Disposition nicht zum Schutze der Erben, sondern im Interesse der beiden contrahirenden Partieen, im Falle die Erben vindiciren sollten. Daß das Geld sub jure devolutionis per mortem deponirt wurde, verstand sich von selbst, da es für Erbgut eingenommen wurde. Die Stelle aus dem Liber

Göschen, Goslar. Stat. S. 200, stützt sich auf Pauli und begründet seine Behauptung, daß der Erbe das vindicirte Grundstück zu behalten nicht berechtigt gewesen sei, durch den Ausdruck: brecken mit rechte, den die Goslar. Stat. für die Klagbefugniß des Erben gebrauchen. Er läßt, wie es scheint, den letzteren aber auch dann das von ihm vindicirte Grundstück nicht behalten, wenn der Veräußerer sich eines „Unrechts", d. h. einer absichtlichen Verletzung des Erbenrechts schuldig machte.[16] Allein abgesehen davon, daß jener Ausdruck nichts erweis't,[17] verliert Göschen, wie Pauli, durch diese Unterscheidung jedes Fundament für die Vindication, mit welcher der Erbe bei einer bona fide vollzogenen Veräußerung das Grundstück revocirte und sein Einspruchsrecht schützte; und doch leugnet Göschen nicht, daß der Erbe auch in diesem Falle des Gutes sich habe unterwinden können. Natürlich aber fiel dann, — ein, wie Pauli ausführt, bei der Einrichtung der Stadtbücher wohl höchst seltener Fall, — Buße und Wette weg, die der mala fide Veräußernde zu zahlen hatte.[18]

3) Da ein Veräußerungsgeschäft von Immobilien ohne der Erben Zustimmung nicht ipso jure nichtig ist, sondern durch

---

Camerariorum v. 1337—1353, auf welche sich Pauli l. c. beruft, lautet nämlich: Ludekinus Sturmeberch presentavit nobis (Camerariis) L. Marcos in auro, que sub jure devolucionis per mortem jacebunt et presentavit nobis pro consensu proximiorum suorum deficiente ad resignationem cujusdam domus, quam vendidit Dethlevo Hilsten in fossa Marlevi et manebit nobis quamdiu jussu consilii sibi aut alteri praesententur.

[16] Göschen, l. c.; „Es scheint in dem Ausdruck: breken mit rechte eben nur das Recht der Revocation zu liegen, nach welcher dann der Veräußerer, wenigstens (?) sofern er sich keines Unrechts schuldig gemacht hat, wieder in das Gut eintritt. Dieß paßt natürlich nur auf den Fall einer reinen Revocationsklage, da also eine freiwillige Veräußerung statt gefunden hatte; denn unter der Voraussetzung der Veräußerung aus Noth besteht ja gerade das Recht des nächsten Erben darin, das Gut gegen Geld an sich zu bringen und zu behalten. An einer Stelle, welche genauere Auskunft über dieses Retractrecht (?) gebe, fehlt es indeß auch ganz."

[17] s. Siegel, S. 116. N. 469.

[18] cfr. Gosl. Stat., S. 28, 18 und 19.

Ratihabition oder Klagverjährung unanfechtbar werden kann, so folgt, daß die Fiction des Todesfalles und der Eigenthumsübergang auf den Erben nicht vom Zeitpunkt der erfolgten anfechtbaren Veräußerung datirt, sondern vielmehr erst mit dem Zeitpunkte der Anfechtung eintritt, die aber nur innerhalb Jahr und Tag erfolgen kann.

4) Gegen den obsiegenden Erben hat der seitherige Inhaber des Grundstücks kein Recht auf Schadloshaltung, da jener nur sein durch Erbgang erworbenes Eigenthum verfolgt, persönliche Verpflichtungen des Erblassers aber nicht zu übernehmen hat, wenn er hierzu nicht ausdrücklich einwilligte. Um Schadloshaltung muß sich jener vielmehr an den Veräußerer und die etwa gestellten Bürgen halten.[19] Wollte man den Veräußerer nicht haften lassen, so hätte nur er den Vortheil von dem Geschäfte. Deshalb muß auch der nächste Erbe, wenn er sein Recht geltend macht, der Veräußerer aber schon gestorben ist oder vor Ausgang des Processes stirbt, den von seinem Erblasser geschuldeten Schadensersatz erlegen. Denn der Anspruch auf Eviction entspringt nicht aus einer Delicts-, sondern aus einer Contracts-Obligation,[20] wenn gleich in der Veräußerung ohne der Erben Zustimmung eine Ungerechtigkeit insofern eingeschlossen liegt, als dadurch das Einspruchsrecht des nächsten Erben verletzt wird. Allein diese Ungerechtigkeit erstreckt sich nur gegen den Erben, ohne das Verhältniß zwischen Veräußerer und Erwerber zu berühren. Der ganze Fall hat deshalb

---

[19] Gosl. Stat. 28, 23—27: Verkoft en erve gut oder sat he dat ut, unde breket dat sine erven mit rechte, dat he darumme ghenomen heft, dat mot he weder gheven: sterft he aver, er dat gesche, sin erve mot de scult irleghen, unde he noch sine erven ne möget dar vore nicht sweren, oft der scult vor gherichte bekant is. — Verm. Ssp. I, 39. 11. (Böhme, IV. p. 34): verkauft adir versezt einer gut, und widerspricht das sein erbe mit rechte, das her dorumb genomen hat, des mus her wedirgebin. Urk. v. 1244 bei Meichelb. hist. fris. II, 1. p. 22 (s. oben in §. 27. N. 11).

[20] s. gegen Göschen, der hierauf kein Gewicht legen will, Walters deutsch. Rechtsgesch. §. 548.

keine Besonderheit, wenn es sich freilich auch treffen kann, daß der nächste Erbe als solcher des veräußerten Grundstücks sich unterwindet und zugleich dem Beklagten Schadensersatz bis zum Betrag der ererbten Fahrhabe zu leisten hat. — Buße und Wette zu entrichten, wie es den verstorbenen Veräußerer getroffen hätte, kann dem zur Anfechtung berechtigten Erben nicht auferlegt werden. Hat aber letzterer zu der Veräußerung consentirt, so muß er bei Anfechtung derselben von Seite eines Dritten Buße und Wette zahlen, eben so wenn aus Noth veräußert wurde und er selbst hierbei das Grundstück nicht an sich ziehen wollte, weil er sonst allein den Vortheil vom Geschäft hätte. Der Erbe haftet aber natürlich nie mit seinem eigenen Vermögen oder mit den ererbten Grundstücken, sondern stets nur mit der ererbten fahrenden Habe.[21]

5) Die Klage steht dem Erben schon bei Lebzeiten des Veräußerers zu. Das folgt unmittelbar aus der Fiction des eingetretenen Todes, wie sie die Rechtsbücher aufstellen, und aus den Urkunden, in welchen häufig der Veräußerer selbst sich für die Zustimmung des nächsten Erben verbürgt oder die Rescission noch bei Lebzeiten des künftigen Erblassers von seinem verletzten nächsten Erben geschieht.[22] Der Zweck des Unter-

---

[21] cfr. Brem. Stat. v. 1303. Ordel 12. (Oelrichs S. 72): so velik borghere ether velik gast enen cop vorkoft, des he nicht waren ne mach, de scal theme ghenen, theme het vorkoft hevet, sin ghelt wether gheven un half also vele dhar to. — Hamb. Stat. v. 1292. E. 35. (Anderson S. 273): so we een erve vorkoft sunder bysprake unde wart dat erve darna byspraket und myd rechte ghewunnen, so schal de ghene, de dat erve sunder bysprake vorkoft heft, gheven jo vor teyn mark, alse boret vor hundert mark teyn mark deme ghenen, deme he dat erve vorkoft hadde.

[22] Z. B. Urkunde v. 1093 (Haltaus l. c. p. 374): Quamvis autem Comes Henricus fundator haec rite et legitime videretur facere, tamen quidam Magdeb. Canonicus Ludolfus praefati Alberti (qui vendiderat illum locum) germanus non mediocriter Comitem erigendo hereditatem fratris coarctavit et tamdiu consultores legis ac provinciarum rectores adversus Comitem in omni concilio interpellavit, donec jure gentis et judicio legis omnem fraternam hereditatem ipsi Ludolfo coactus remisit. Canonicus omnem fratris hereditatem justo exegit famine et cum cyrotheca de manu Comitis tandem recepit ac tenuit libere. Postero die eadem bona

windens ist demnach nicht blos der Ausschluß der Klagverjährung, um sich das veräußerte Grundstück für den Zeitpunkt des Todes des Veräußerers als Erbgut zu erhalten.[23] — Daß aber hiervon auch Ausnahmen vorkommen, beweis't eine Urkunde Bischof Heinrichs von Naumburg v. J. 1307, nach welcher die Revocation erst mit dem Ableben des Veräußerers gestattet ist, nicht aber mit der Erhebung der Revocationsklage ein Ableben desselben fingirt wird.[24]

6) Aus der Natur des Einspruchsrechtes, wie es dem nächsten Erben als solchem zusteht, folgt, daß, wenn derselbe stirbt, ehe er sein Recht geltend machte, nunmehr nicht seine Erben zur Klage befugt sind. Denn erst durch die Anstellung der Klage entsteht für ihn aus der Fiction des erfolgten Erbgangs ein Vermögensrecht, das er nunmehr vererben kann;

---

tradidit Ecclesiae. — Urkunde v. 1229 (cod. p. 373): Postmodum Lutphridus, memorati Lutfridi filius, quum ad intelligibilem pervenisset aetatem, quietam tanti temporis possessionem Schonaugiensium super passagio turbare temptavit. Asserens, quod praedium illud in Rorbach, loco passagii resignatum, cum dotalicium, quod dicitur Morgengabe, matris sue fuerit, pater ejus in feodum redigere, vel quolibet modo alienare, absque suo consensu, nec debuerit plane nec potuerit. Denique vero tum per nos, tum per patrem suum, qui Schonaugiensibus warandiam tenebatur cavere, instructus, pariter et inductus, prelibatum patris contractum eatenus ratum habuit, ut omni super eo impeticione publice renunciando, predium sepedictum in Rorbach ipse manu propria resignaret ecclesiae S. Andree, in beneficio feodali illud recipiens ab eadem.

[23] Eichhorns Interpretation des Ssp. I, 52; s. Rechtsgesch. II, §. 359. N. d. Er führt als Analogie das Lehen an, bei welchem ein wahres Vindicationsrecht erst nach dem Tode des Veräußerers eintrete. Allein die Klage des nächsten Erben enthält die Anfechtung eines an sich gültigen Geschäfts, während eine verbotene Lehenveräußerung ipso jure nichtig ist.

[24] Bischof Heinrich von Naumburg hob anno 1307 für seine Probstei das Widerspruchsrecht des Erben auf. Hierbei schildert er den seitherigen Rechtszustand: welch mann in derselben Probstey sein Gut vor Willen oder vor Noth verkewffet, wenn der gestarb, sin neheste von des vaters sippe, ab her welde, der gabe unserm Vogte zu O. unde dem Probst zu N. gutis Recht unde sprach das Guth an, — darnach mit Urteilen ward deme Ansprechene das Gut erteylet und der Keuffer mochte sich nicht mit Geweren beholffen (Haltaus gloss. S. 1403).

vor diesem Zeitpunkt ist immer nur der nächste Erbe des Veräußerers als solcher berechtigt, diese aus seiner natürlichen Stellung fließende höchst persönliche Befugniß auszuüben.[25] Es handelt sich nur darum, wer um die Zeit der Veräußerung als nächster Erbe hätte auftreten können; nur dieser hat das Recht des Einspruchs und erhält, wenn er es gegen eine Verletzung siegreich geltend macht, Eigenthum. Ist aber dieser Eigenthumsübergang erfolgt, hat er also sein Recht durch Klage geltend gemacht, so erscheint von jetzt an derjenige des Gutes wartend, der nunmehr zu jenem, dem Revocirenden, im Verhältniß des nächsten Erben steht.[26]

7) Vermöge ihres Charakters als Eigenthumsklage ererbter Grundstücke muß natürlich die Klage am Ort der belegenen Sache angestellt werden.[27]

---

[25] Pauli hat sich hingegen l. c. I. S. 151 f. erklärt und das ganze Fundament der Klage „höchst bedenklich" gefunden, da ja der Zweck des Instituts sei, das Erbgut denen zu erhalten, die dessen als nächste Erben nach des Veräußerers Tode wartend sind. Diese Voraussetzung ist unrichtig (s. No. 2). Allein abgesehen davon gibt Pauli gar kein Princip. Denn eine Veräußerung ohne der Erben Zustimmung ist nicht, wie S. 152 behauptet wird, nichtig und wäre sie es, so könnte sie keine juristischen Folgen haben, während Pauli S. 152 unten und S. 153 hiervon spricht. Gewiß aber ließe sich nicht begreifen, wie „in Folge einer nichtigen Veräußerung" der Erbe das Recht erhalten sollte, trotz des Mangels der juristischen Gewere zu vindiciren. Denn ist juristische Gewere in Albrechts Sinne gebraucht, so hieße dies: der Erbe könne dinglich klagen, obgleich ihm das dingliche Klagerecht des nicht im Besitze Befindlichen (Gewere) nicht zusteht; oder ist juristische Gewere ein rechtlich geschütztes Verhältniß zu einer Sache, so wäre ja eben zu zeigen, wie es sich juristisch vermitteln lasse, daß der nächste Erbe des Grundstücks selbst sich unterwinden kann, wenn man nicht den Quellen gemäß eine anticipirte Erbfolge fingirt.

[26] Es ist deßhalb unrichtig, wenn Pauli l. c. S. 151 behauptet, im Falle der revocirende Erbe das Gut selbst behalte, werde es oft der entferntere Verwandte des Veräußerers statt des näheren erhalten. Denn ist das Grundstück dem Erben auf seine Klage gänzlich ausgefolgt worden (Schwsp. l. c.), so steht, wie Pauli selbst zugibt, ihm und nicht mehr dem Veräußerer das Eigenthum zu und deßhalb ist nicht mehr der nächste Verwandte des letztern, sollte dieser auch noch leben, desselben wartend, sondern der nächste Erbe des Revocirenden.

[27] Arg. Richtst. L.R. c. 23[b] (Unger S. 41, 17—20): Beclagt man

8) Eine ohne Zustimmung des nächsten Erben erfolgte Veräußerung erhält volle Kraft durch den Ablauf der Verjährung der Klage des nächsten Erben. Dieses Klagrecht endet aber binnen Jahr und Tag[28] von dem Zeitpunkt, an welchem der Erbe sein Recht klagend hätte verfolgen können, also von seiner Inkenntnißsetzung über das erfolgte Veräußerungsgeschäft, welche gewöhnlich mit der Auflassung zusammenfiel.[29] Deshalb war dem Erwerber des veräußerten Grundstückes nur innerhalb Jahr und Tag von geschehener Auflassung an eine Gefährde nothwendig. War dieser Zeitpunkt erreicht, so hatte er selbst eine rechte Gewere und bedurfte seines Auctors nicht mehr.[30] Der Zeitpunkt der erfolgten Auflassung und des

---

dich auch umb dein eigen in einem andern gerichte, da das eigen nicht lieget, so frag: ob du an keiner stat mer antwortten durfest umb dein eigen, dann in dem gericht, do es innen ligt? So findet man: du endarffts und wer es auch vor dem reich. — cfr. Pauli l. c. S. 27. 28.

[28] Manche Rechte bestimmen übrigens andere Fristen; z. B. Bayr. R. XVI. (Heumann p. 105): wir wollen auch, wer aygen verkauft, in dem lande, der soll nicht laenger gewerschaft thun, wan Jar und Tag für erben in dem lande, für erben ausser lande zway Jahr. — Jus Ripense Art. 85 (Westph. IV. 2006): si quis terras vel possessiones in communi placito sibi scotatas in quieta possessione per triennium habuerit, nulli civi sive alio extraneo sive extra regnum, sive in regno iterum extiterit, impetere alias possessiones licebit. — Ingolstadter Statut Art. 22: für erben, die ausser landes sind, soll man aygen bestaeten 10 jar und ein tag.

[29] Verm. Ssp. I, 39, 2 (Böhme IV, 32): wird ein eigen ausgesaczt, dass man bei Jar und Tage nicht wedirspricht, das en mag man dornach nicht wedirsprechin. — Magdeb. Schöffenurth. (Böhme II, 2. 145): vorgebe adir eyn mann seyn anirstorben gut, standeigin, das mochten seyne erbin wedirsprechen binnen jor und tage, wann is en wissentlich werde. — Sächs. Weichb. 345 a. E.: ist aber dy gabe gegeben — an seines (des Erben) widersprechen ynnen jare und yne tage deme, dem ys von recht dornoch ist szo, mag is yener nicht widerreden mit keinen rechten. — Kulm. R. IV. c. 10: die eine swester hot die dorczw nicht gegebin hot eren willen besitzet her (der Begabte) das jar und tag ane ansprache her beheldit is von rechtis wegen.

[30] Sachsensp. III. 83. §. 2: svie en gut liet oder let enem anderen, die sal is im geweren jar unde dach. — Bayr. Landr. (Heumann p. 105): wer ayge verkauft in dem lande der sol nich länger Gewerschafft thun,

Beginns der Verjährung fallen dagen auseinander, wenn der nächste Erbe aus rechtlich anerkannten Gründen der Auflassung nicht anwohnen konnte. Dies ist der Fall:

a) bei ehehafter Noth oder Abwesenheit außer Landes.[31] Im letzteren Falle lauft die Verjährung von der Zeit der Rückkehr;[32] im ersteren seit erlangter Wissenschaft von der geschehenen Veräußerung,[33] — hat man aber schon Wissenschaft, so muß die Klage sogleich nach Wegfall der ehehaften Noth angestellt werden.[34]

b) Der Abwesenheit steht gleich bloses Nichtwissen von der Auflassung, sollte man auch innerhalb Landes sein; die Nichtwissenschaft muß aber eidlich erwiesen werden. Ist man im Lande anwesend und weiß von der Auflassung, ohne jedoch ihr anzuwohnen, so lauft die Verjährung vom Zeitpunkt der Auflassung an.[35]

c) Ein Hinderniß der Klagverjährung liegt in der Un-

---

wan Jar unde Tac. — Lüb. R. (Westph. A. 17): so war en man en erve verkofft iemanne, he schal et eme uplaten vor deme rade unde schal it eme waren jar und dach.

[31] Ssp. I, 28. — Gosl. Stat. 27, 11—14: de dat binnen jare unde daghe nicht weder ne spricht, de ne mach dat seder nicht wedersprechen, it ne were of he buten landes hedde ghewesen, oder of it ime echt not beneme, de he bewisede alse recht is. — eod. 25, 18—21: wesen ervegut ghelaten oder bekomeret wert, de wille he buten landes is, dat scal he wederspreken, wanne he weder binnen landes kumt, binnen iar unde daghe. Deyt he des nicht, seder ne mach he dat nicht wederspreken. — Wormser Dienstrecht Art. 6: si quis praedium vel hereditatem suam infra familiam vendiderit, et aliquis heredum suorum praesens fuerit et nihil contradixerit; vel si absens aliquis heredum est, postea resciverit, et si infra spatium illius anni hoc reticuerit, postea jure carebit.

[32] Wormser Dienstrecht l. c. — Verm. Ssp. I, 39. 2 (Böhme IV. 32.) — Gosl. Statut. l. c. p. 25, 18—21.

[33] Gosl. Stat. l. c. p. 27, 11—14.

[34] Albrecht Gewere S. 115.

[35] Goslar. Stat. 11, 32 u. 33: Were he ok binnen landes wol, welde he sin recht dar to don, dat he des nicht ne wiste, se ne were dat aver nicht. — Schwieg der bei der Auflassung Anwesende, so galt er als consentirend; Ssp. II, 6, §. 4. — cfr. Pauli, l. c. I. 176. No. 302.

mündigkeit des nächsten Erben.[36] Gegen seine Anfechtung suchte man sich besonders durch Bürgschaft zu schützen. —

Ist die Verjährungszeit verflossen, so hat der Erwerber ein eben so starkes Recht, als wenn die Zustimmung des Erben erfolgt wäre. Auffallend ist Albrechts Behauptung,[37] die Beiziehung einer so großen Anzahl von Verwandten in den Urkunden sei dadurch zu erklären, daß man sich habe schützen wollen gegen Angriffe der entferntern Verwandten, im Falle der consentirende nächste Erbe vor Ablauf der Verjährung sterben würde. Denn wenn der Consens des nächsten Erben erfolgte, so war das Geschäft ganz gültig. Stimmt er dagegen nicht bei, stirbt jedoch erst nach Anstellung der Revocationsklage, so kommt nach Albrechts eigenem Principe[38] nicht dem nunmehr nächsten Verwandten des Veräußerers, sondern dem Erben des die Revocation Erhebenden das Klagerecht zu. Nur dann hat die Beiziehung entfernterer Verwandten des Veräußerers Werth, wenn der nächste Erbe innerhalb der Verjährungsfrist stirbt, ehe er sein höchst persönliches Recht klagend verfolgte. Unbegreiflich ist Göschens Ansicht[39] und mit Recht hat Siegel[40] dieselbe verworfen. Denn es spricht gegen sie, daß nur der zur Zeit der Veräußerung nächste Erbe das Einspruchsrecht hat und daß ein ihr gemäßer Rechtssatz alle Sicherheit zerstören und den Werth der rechten Gewere und der Einrede der Verjährung vernichten würde.

8) Es ist nur bei der richtigen Einsicht in die Natur der Klage, die dem nächsten Erben zusteht, möglich, Siegels Behauptung,[41] daß durch „Uebertragung einer Gewere zu An-

---

[36] Goslar. Stat. 19, 30—35: were aber der kindere eyn to sinen iaren komen, dat mochte de vulbort wol wederspreken.

[37] s. Jahrbücher für wissenschaftl. Kritik 1830. Sp. 613.

[38] s. Gewere S. 36.

[39] s. Göschen, Goslar. Stat. S. 200 ff.: „Für diejenigen Erben, die zur Zeit der Veräußerung noch nicht die nächsten sind, lauft natürlich die Zeit erst von dem Augenblick an, wo sie dieses werden; denn erst dann haben sie überhaupt ein Widerspruchsrecht."

[40] Siegel l. c. S. 123.

[41] Siegel l. c. S. 103.

wartung" [42] die Lage des Bedachten der des gesetzlichen Erben entsprochen habe, als eine unrichtige darzulegen. Man muß davon ausgehen, daß, wie bewiesen wurde, die Klage des nächsten Erben eine Erbschaftsklage war. Da nun im Nachlaß keine Vermögenseinheit lag, so stand dem Erben derselbe Schutz im Verhältnisse zu der einzelnen ererbten Sache zu, den der Erblasser gehabt hätte, also bei Eigenthum des letzteren die Eigenthumsklage, und nur diese Zersplitterung des Nachlasses konnte überhaupt die Fiction des Todesfalles möglich machen. Galt nun aber derjenige, der ohne Zustimmung des nächsten Erben veräußert hatte, als todt, so blieb das Einspruchsrecht auch bei einer blos theilweisen Veräußerung eben so stark, als bei der vollen Hingabe des Eigenthums. Die Bestellung einer Leibzucht z. B. war ohne Zustimmung des nächsten Erben anfechtbar; mit der dinglichen Klage unterwand er sich des Grundstücks, als ob der Veräußerer todt wäre und er denselben beerbt hätte. Dadurch wurde nicht blos die Leibzucht aufgehoben, sondern es fiel das Grundstück selbst dem Erben zu (s. Nro. 2). Denn dieser machte sein Eigenthum geltend und da er zur Leibzuchtsbestellung selbst nicht beigestimmt hatte, fiel sie zusammen. Einen ganz andern Charakter trägt hingegen das Verhältniß, in welchem der durch eine bedingte Vergabung Bedachte steht. Hatte er Eigenthum unter einer Resolutivbedingung erhalten, so kann kein Zweifel über die rechtliche Natur des Geschäftes entstehen, — wohl aber bei der Bestellung einer „Gewere zu Anwartschaft". Diese ist nichts anderes, als die suspensiv bedingte Begründung irgend eines durch eine Klage geschützten Verhältnisses zu einer Sache, also z. B. die Uebertragung von Grundeigenthum unter einer Suspensivbedingung. In diesem Fall behielt der Eigenthümer die Eigengewere bis zum Eintritt der Suspensivbedingung. Erfolgte dieser nicht, so hatte das Geschäft keine Wirkung, im entgegengesetzten Falle aber konnte der Bedachte Eigenthumsübertragung verlangen. War nun die

[42] Diesen Ausdruck hat Pauli, Abhandl. u. s. f. II. S. 64 zuerst gebraucht und Siegel angenommen. Unter ihn läßt sich der verschiedenste juristische Inhalt bringen.

Auflassung noch nicht vorangegangen, sondern blos ein Vertrag abgeschlossen, so hatte der Bedachte auch nur eine Forderung gegen den Eigenthümer, die gegen den Erben desselben nicht ging;[43] war dagegen eine gültige Auflassung mit Zustimmung der Erben erfolgt, so bedurfte es bei Eintritt der Suspensivbedingung einer zweiten nicht mehr, sondern der durch die bedingte Vergabung Bedachte war sofort Eigenthümer, unbeschränkt oder beschränkt, wie zur Zeit der Auflassung. Denn da der Eintritt der Bedingung bis zu diesem Zeitpunkt zurückwirkt, so kann ihn ohne seine Zustimmung in der Zwischenzeit weder der Vergabende noch dessen nächster Erbe noch eine dritte Person in seinem Rechte beschränken. Daher sagen die Quellen, der durch eine bedingte Vergabung Bedachte erhalte eine Gewere. Diese ging natürlich dahin, ihm Sicherheit zu gewähren, bei Eintritt der Suspensivbedingung die Sache so, wie sie ihm aufgelassen wurde, als seine eigene zu erhalten. Die Klage demnach, die der Bedachte bei einer Verletzung seiner „Gewere zu Anwartung" anstellte, gründet sich keineswegs, wie diejenige des nächsten Erben, auf die durch Verletzung des Einspruchsrechtes vermittelte Fiction des Todes und Erbgangs, sondern auf die geschehene Auflassung und den Eintritt der Suspensivbedingung. Bestellt daher der Vergabende nach der Vergabung eine Leibzucht, so konnte der unter einer Suspensivbedingung Bedachte dieses Geschäft vor dem Eintritt der Bedingung nicht angreifen; erfolgte derselbe aber, so klagte er aus der Eigengewere, die ihm nunmehr zustand, auf Herausgabe des Grundstücks und die Leibzuchtsgewere mußte enden. Ehe die Suspensivbedingung eingetreten war, hatte der Bedachte gar kein wirksames Recht; denn ein suspendirtes Recht kann keine Wirkung äußern; mit dem Eintritt der Suspensivbedingung, also bei einer Vergabung mit dem Todesfalle, erhält er das ihm durch die Auflassung eingeräumte Recht. Es ist nicht möglich, die Befugnisse des nächsten Erben, die aus dessen Familienstellung

[43] Ssp. I. 9. §. 6: Stirft aver jene de 't (das Gut) laten solde, sin sone n' is nicht plichtich to latene, he ne hebbe 't selve gelovet oder bürgen vor gesat.

hervorgehen, oder ein principiell gleiches Recht ihm zu verschaffen. Wird das Einspruchsrecht des nächsten Erben verletzt, so unterwindet er sich der Sache, als wäre der Veräußerer gestorben. Denn sein schon jetzt wirksames Recht ist gegen Verletzungen durch die Vindication des widerrechtlich veräußerten Grundstücks geschützt, indem der Todesfall des Veräußerers fingirt und dem nächsten Erben dasselbe ausgefolgt wird. Er hat nicht ein blos suspendirtes Recht und die widerrechtliche Veräußerung ist nicht die Bedingung der Wirksamkeit desselben, sondern er hat ein schon wirksames Recht, das sich in jeder Zustimmung äußert. Er verfolgt es mit der Erbschaftsklage gegen jede Verletzung, bestehe diese auch nur in einer theilweisen Belastung des Grundstücks. Der bedingt Bedachte dagegen gilt nicht als Erbe, sondern verfolgt dasjenige Recht, welches ihm durch die Auflassung übertragen wurde, sobald die Bedingung eingetreten, der Todesfall also erfolgt ist. Von dem Rechte, einer Veräußerung zuzustimmen oder seine Zustimmung zu verweigern, wie es der nächste Erbe hat, kann keine Rede sein. Nur braucht er sich, da der Eintritt der Suspensivbedingung bis zur Auflassung rückwirkt, eine Beschränkung seines Rechts nicht gefallen zu lassen; er verfolgt vielmehr sein ganzes Recht. Es läßt sich zwar nicht leugnen, daß äußerlich in vielen Beziehungen praktisch beide Rechtsverhältnisse gleiche Wirkungen erzeugen, allein principiell sind sie gänzlich verschieden. Dies zeigt sich noch außer dem Umstande, daß der Erbe ein Einspruchsrecht bei jeder Veräußerung hat, besonders in den Statuten, welche das Einspruchsrecht auf Erbgut beschränken. Denn nach diesen Statuten verfolgt der Erbe das widerrechtlich veräußerte Erbgut mit der Erbschaftsklage und zieht es als *ererbtes* Gut an sich; der bedingt Bedachte dagegen erhält mit dem Eintritt der Bedingung durch die Vergabung kein Eigenthum, das ihm *wie ein ererbtes* zugestanden hätte, so wenig als ihm die Erbschaftsklage bei Verletzung seines Rechtes zukommt, sondern er erhält *wohlgewonnenes* Gut[44] und die Klage desselben zum

---

[44] *Lübisches Recht* v. 1240. Art. 59 (II in Brokes select. observat.

Schutze seines Verhältnisses gegen irgend ein gewonnen Gut ist dieselbe, wie wenn ihm mit der Erben Zustimmung Erbgut übertragen worden wäre.

IV. Stellung im Systeme des deutschen Rechts.

§. 29.

Sachen-, Forderungen-, Familien-Recht.

Sachenrecht.

Durch das Einspruchsrecht des nächsten Erben wird die öffentliche Auflassung des Grundeigenthums zu einer Nothwendigkeit. Denn da von alter Zeit her die politische Berechtigung der zu einem Gemeinwesen geeinigten Familien von seinem Besitze abhing, mußte seine Uebertragung zu einer Sache der Gemeinde werden. Daher konnte man Grundeigenthum nur auf doppelte Weise erlangen: durch Erbgang oder durch Uebertragung im echte Ding und in den Städten vor sitzendem Rathe. Hier machte dann der Erbe sein dingliches Recht am Grundstücke selbst geltend; dort blieben seine Rechte gewahrt, weil es nur eine Erbfolge nach Geblütsrecht gab. [1]

Bei beweglichen Sachen dagegen, denen jene politische Bedeutung nie zukam, fällt die Auflassung hinweg. Im früheren

p. 40 seq. im Anhang): Welker frouwe unde man tho hope sind in echteshop und nene Kinder thosamende hebben, unde gaen se vor dem raedt, unde laten sick under ander er Gudt up is de frouwe mundich alse de Man so blift idt stede, unde is erer beide verworvene Gudt, wo se eren megesten Erffnamen malk geven veer Penninge unde acht Schillinge. — Kulmisches Recht IV, 20: trit ein burgir — in gehegit ding in uwir Stadgerichte und gebit — allis gut — sinem brudir — noch sime tode tzu tune und tzu lassene. — dise gift tzuhet sich alleine tzu dem erbe und tzu dem gute, das in der Stat gerichte ist gelegen. Sturbe dornoch der burger und lisse Erbe — uffe dem lande odir in andirn Steten, das ist ouch nicht mit diser gift vorgebin, sundir is erbit uf sinen brudir. Es wird also unterschieden zwischen dem Theile des Vermögens, den der Bruder durch die Vergabung, und demjenigen, welchen er durch Erbgang erhält.

[1] Ssp. I, 52. II, 42. — Schwsp. 22, I. — Richtst. I, 26.

Rechte wurde der Verkehr mit Mobilien fast nur durch das Grundeigenthum vermittelt, ihr Werth begann erst während der mittleren Periode in den Städten zu steigen, wo aber ihre Natur und der rege Verkehr mit ihnen einer Unterwerfung unter das Einspruchsrecht und unter die Auflassung durchaus entgegenstanden. Ihr Eigenthum ging daher durch die Hingabe auf den Empfänger über.[2]

Wo das Einspruchsrecht auf Veräußerungen von Erbgut beschränkt war, galten wohlgewonnene Güter rechtlich als Mobilien: like varende have, sicut res mobiles.[3] Doch geschah ihre Eigenthumsübertragung gleichwohl nicht durch die Tradition allein, sondern, indem man die Nachwirkungen früherer Zustände beibehielt, vor dem echte Ding, dessen Thätigkeit bei allen Arten von Grundeigenthumsübertragungen so sehr hervortrat, daß selbst Lehen- und Hofbesitz durch Investitur nach diesen beiden Rechtssystemen[4] übertragen wurde.

Forderungenrecht.

Waren Forderungen auf Uebertragung von Grundeigenthum gerichtet, so mußten natürlich die nächsten Erben zugestimmt haben, um nach dem Tode des Veräußerers durch den Vertrag verpflichtet zu sein. Im entgegengesetzten Fall brauchten sie weder Uebergabe noch gerichtliche Auflassung zu vollziehen.[5] Ja sie konnten unter Umständen sogar die Vindication anstellen, wobei sie aber die erhaltene Gegenleistung zurückgeben und bis zum Betrag der ererbten Fahrniß Eviction

---

[2] Richtst. L. R. I, 11: Nu weet, dat varende have ons aenkomet sesterleye wüs, antwar von wynne se, off kopen se, off se wordt ons gedaen, off wü aff jagen se dieven, off se word ons geervet, off wy tugen se selven.

[3] s. Pauli l. c. I. S. 39 f.

[4] In derselben Weise wurde auch das Einspruchsrecht des nächsten Erben analog auf das Lehen- und Hofrecht ausgedehnt (s. §. 31).

[5] Ssp. I, 9. §. 6: Stirft aver jene, de 't laten solde, sin sone n 'is nicht plichtich to latene, he ne hebbe 't selve gelovet oder bürgen vor gesat.

leisten mußten[6] (cfr. §. 28, Nro. 4). Ging eine Forderung auf Fahrhabe, so haftete der Erbe aus dem Vertrage,[7] was diejenigen Statuten, welche zwischen wohlgewonnenem und ererbtem Gute unterscheiden, auf Verträge über das erstere ausdehnten, so daß der Erbe als solcher zur Auflassung desselben verpflichtet wurde.[8]

In dieser Ausdehnung lag schon eine Lockerung des strengen Stammgutssystems, dessen Bestehen das ganze Institut der Obligationen seiner Wichtigkeit berauben mußte und somit zu dem Verkehre des städtischen Lebens in grellen Widerspruch trat. Der Angriff gegen dasselbe begann daher auch noch von anderer Seite, wozu das Anbietungsrecht bei echter Noth den Ausgangspunkt gewährte. Aus dem dinglichen Rechte, wie es dem nächsten Erben ungeschmälert zustand, wenn der aus Noth Veräußernde ihm nicht angeboten hatte, entwickelte sich nunmehr der retractus gentilicius, ein obligatorisches und sonach das Eigenthum des Veräußerers nicht mehr schmälerndes Rechtsinstitut. Die Freiheit der Veräußerung für den Fall der echten Noth, wenn nur dem Erben zuvor angeboten worden war, wurde auf alle Veräußerungen überhaupt ausgedehnt;[9] die Vindication des nächsten Erben sank zur persönlichen Klage

---

[6] cfr. Ssp. I, 9. §. 5: Sve ok dem anderen gut in siner were let, ir he 't ime up late, he sal ine in der gewere vorstan, dewile he 't ime nicht upgelaten ne hevet, svenne he siner werscap bedarf. Wirt aver ime, oder jeneme deme he 't laten sal, de were gebroken mit rechte, he sal ime sin gut wider geven, dat ime dar up gegeven was.

[7] Richtst. L. R. c. 10. (Senkenb. p. 139): Wa verre hie die witlike Schulde gelden sulle? — Alse verne dat erve weret an varender habe. Mit deme eighenen darf he nene Schulde gelden, wen he ne mag es, an syner erven Wille edder Loff, nicht laten. He ne derff des ok ven deme lene nicht gelden. —

[8] Hamb. Stat. v. 1270. I, 6. p. 29: So we sin Erbe verkofft, so we es im vorgulden is, und storve he, sine Erven schulden idt uplaten.

[9] Das Hamb. Recht v. 1276 kennt bei Veräußerungen von wohlgewonnenem Gut nur die Anbietungspflicht des Veräußerers gegen den nächsten Erben; dieser behielt aber, wenn ihm nicht angeboten war, das Recht zur Vindication (s. übr. §. 26. N. 12).

herab, durch die er veräußertes Erbeigenthum gegen Wiedererstattung des Ausgegebenen vom Erwerber zurückverlangen kann.[10] Mit dem Eindringen des römischen Rechtes suchte man das Institut, das sich der deutschen Rechtsentwicklung gemäß mit Nothwendigkeit erzeugt hatte, insbesondere auf Cod. (IV, 66) de jure emphyt. l. 3; Cod. (XI, 55) non licere habitat. l. un. und auf eine Constit. Frider. I, V. Feud. 13, zu stützen. Allein letztere wurde nicht recipirt, die beiden ersten Stellen aber sind mißverstanden. Denn die l. 3 Cod. cit. handelt von dem Vorkaufsrechte des dominus emphyt.;[11] die lex un. cit. aber, aus welcher man die Marklosung herleiten wollte, verbietet die Veräußerung der zu einer Metrocomie[12] gehörigen Güter an Auswärtige und setzt Nullität des ganzen Veräußerungsgeschäftes fest. Auch auf Cod. (IV, 38) de C. E. l. 14[13]

---

[10] Jütisch. Low. I, 34. (Falks Ausg. S. 64): De Bonde mag sin egen landt verköpen, weme he wil, so he idt 3 Dinge dage sinen negesten Fründen Law hut. — Vorschötede he ock, eer und thovören he idt rechtlich lawboden hefft, so mögen idt sine negesten Fründe byspreken (unde den koep thorügge driven).

[11] s. Puchta, Pandekten §. 176. N. 1.

[12] Metrocomia erat mater pagorum seu caput inter omnes vicos, qui uni civitati subjecti erant: haud aliter, quam metropolis mater civitatum ejusdem provinciae. (Jac. Gothofr. Comm. ad L. 6. Cod. Theod. de patroc. vicor. IV. p. 187). — Außer jenem Vorkaufsrechte des dominus emphyt. hat das römische Recht den Gläubigern bei Veräußerung der Güter ihres in Concurs gefallenen Schuldners einen Vorkauf eingeräumt. Vor fremden Käufern haben auch die Verwandten den Vorzug, obgleich sie den Gläubigern nachstehen. Hierauf beziehen sich Dig. (XLII, 5) de reb. auct. jud. l. 16. und Dig. (II, 14) de pact. l. 60. Nirgends handelt es sich von einem Retrakte.

[13] Die Stelle lautet: Impp. Valentinianus, Thedosius et Arcadius A. A. A. Flaviano, P. P. Illyrici et Italiae. Dudum proximis consortibusque concessum erat, ut extraneos ab emtione removerent, neque homines suo arbitratu vendenda distraherent. Sed quia gravis haec videtur injuria, quae inani honestatis colore velatur, ut homines de rebus suis facere aliquid cogantur inviti, superiore lege cassata, unusquisque suo arbitratu quaerere vel probare possit emtorem, nisi lex specialiter quasdam personas hoc facere prohibuerit. (Letzterer Zusatz fehlt im Cod. Theod. und rührt von den Compilatoren her). Jac. Gothofred, Comm. ad L. 6.

hat man sich bezogen und ihre Wiedereinführung durch V. Feud. 13 behauptet. Allein der Retract entstand in Deutschland nicht dadurch, daß etwa die Wirkungen der l. 14. Cod. durch V. Feud. 13 aufgehoben worden wären; denn wollte man auch diesen rein formellen und ganz unhistorischen Standpunkt nicht verlassen, so würde schon geltend gemacht werden können, daß dieses capit. Feud. ein extraordin. sei; er bildete sich vielmehr gewohnheitsrechtlich aus dem deutschen Stammgutssystem heraus und zwar zuerst und mit Nothwendigkeit in den Städten, deren steigender Verkehr sich mit dem strengen alten Institute nicht vertrug. Das schon angeführte Statut von Naumburg a. 1307 (Haltaus l. c. S. 1403) äußert sich hierüber in folgenden Worten: — So haben wir — gesucht und nach weysser lewthe rathe vunden, das die huven In der Probstey verwüstet sindt und dye Leuthe vor Armet von einer gewonnheyt wegen die lange zeit gestanden hat. Diese Gewohnheit ist aber das alte deutsche Recht des nächsten Erben, jeder Veräußerung widersprechen zu können. Nun wird aber geboten, daß „hinfort sei ein Recht:" — welch man sein gut von noth vorkauffen muss oder von willen vorkaufen wil, der sal vor dem dinge — das guth veyle biten dem nehesten, he si do oder sey do nicht, der neheste sal ader magk das guth keuffen bey eyn Manden, ab er will und ab ers vergelden magk, Magk der neheste das guth nicht vorgelden ader wil he itz nicht gelden, also ers gerne vorkawffen magk, so magk der sein guth vorkewffe weme

---

Cod. Theod. de l. E. I, p. 286, schreibt die Einführung der durch diese Constitution wieder cassirten lex dem Kaiser Constantin zu; allein ein Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian zwischen den Jahren 293 und 305 (Cod. Just. IV, 52 de comm. rer. al. l. 3.) beweist, daß schon vor Constantin durch Gewohnheit im Volke gewisse Vorkaufsrechte herrschten, die übrigens das Rescript selbst nicht anerkennt. Die rechtliche Natur jenes Vorkaufs der proximi consortesque läßt sich nicht erbringen; nur soviel ist gewiß, daß durch l. 14. Cod. cit., die jene Rechte wieder aufhob, der Retrakt nicht nach Deutschland kam, so wenig als er in Frankreich deßhalb bestehen blieb, weil die l. 14. Cod. cit. daselbst nicht „verkündigt" wurde.

her wil. — Swenn der kewffer dye leyunge irworben hat, so thu wir Ime — eine rechte were das ohme und seinen Erben nach der Ersten gewonheyt der kauff icht gebrochen werde. Zwar handelt dieses Statut nur von der Probstei Naumburg, allein es bezeichnet deutlich die Richtung, die überall eingeschlagen wurde.[14] Daher nimmt selbst Gail[15] an diesem Institute keinen Anstoß: Jus retractus ex generali quadam consuetudine Germaniae ubique fere locorum obtinet. Hujusmodi autem consuetudines de jure valere dubium non est.

Familienrecht.

Die Vermögensverhältnisse der Ehegatten, wie sie im Mittelalter bestanden, werden mit dem Ausdruck der Gütereinheit bezeichnet. Dem Manne steht in Folge seiner hausherrlichen Gewalt die Verwaltung und Benutzung des Vermögens der Frau zu.[16] Er hat die formelle Vertretung des Frauenguts, wie dies der Sachsenspiegel ausdrückt: zu rechter Vormundschaft; jeder Theil behält aber materiell die ihm zustehenden Vermögensrechte bei. In den Verhältnissen des Mannes trat also keine Veränderung ein; wollte er veräußern, so hatte die Frau kein Einspruchsrecht, auch nicht bei beweglichem Gut, aus welchem doch die Gerade genommen werden sollte, bei unbe-

[14] Freiburger Stat. v. 1520. Bl. 35. b: Welcher ligende güter in unser statt gezirk und gepietten gelegen verkoufft, so habent sin nechsten syppfründ, die allhie under unser obrikeit wonhafft sind, oder sin wöllen, gewalt solchen kouff in iarszfrist dem nechsten nach dem es inen zewissen würt, an sich zebringen, so sy den pfant schilling mitsampt gehabtem nottnrfftigen kosten, darlegen und bezalen und wo die nechsten sippfründ nit wölten, sollen ander sippfründ, die nach inen die nechsten sind, sollichs zethum gewalt haben. — Budjadinger L. R. Art. 18: Wer angeerbte oder auch andere liegende gründe verkaufen wil, der sol sie den nächsten Anverwandten — bis zum dritten grad canonischer Computation inclusive anbieten.

[15] pract. Observat. II, 19.

[16] Ssp. I, 31.

weglichem Gut kam nur die Zustimmung der Erben des Mannes in Betracht und wenn dessen ungeachtet jene so häufig als beistimmend erwähnt wird, so liegt der Grund in andern Verhältnissen, als im Rechte des nächsten Erben. Das Vermögen der Frau ging durch die Ehe zwar aus ihrer Verwaltung und Verfügung in die Hand des Mannes über, so daß ihr kein Veräußerungsrecht mehr zustand;[17] allein dadurch verzichtet sie nicht auf ihre Rechte an den übergebenen Gegenständen. Der Mann verwendet nur, als bestimmendes Glied der Familie die Frau vertretend, die Güter derselben zu den Zwecken der Ehe. Er kann über ihre Mobilien in Folge dieser Gewalt ungehindert verfügen; zu einer Veräußerung von Immobilien bedarf er dagegen sowohl ihres als des Consenses ihrer nächsten Erben[18] (cfr. §. 24). Im Falle der echten Noth traten die gewöhnlichen Grundsätze ein. Dies verstand sich von selbst, wenn die echte Noth in den Lasten der Ehe begründet war; daß aber nach dem Sprüchwort: „die dem Manne traut, traut dessen Schuld", das Frauengut, und zwar subsidiär auch das unbewegliche, den Gläubigern des Mannes haftet, beruht auf der übergreifenden rechtlichen Stärke der ehemännlichen Stellung.[19] Uebrigens lag es in der Entwicklung der Städte begründet, dem Manne freiere Disposition einzuräumen.[20]

Heirathsgut und Aussteuer der Frau fielen in des Mannes Verwaltung und, wenn jene zuerst starb, in sein Eigenthum. Gewöhnlich bestanden sie zwar aus Fahrhabe; allein nach bayerischem Recht trat dasselbe auch bei Immobilien ein.[21]

---

[17] Ssp. I, 31. §. 1 und 2; 45. §. 2.

[18] s. Lüb. R. v. 1240. Art. 7. (Westph. p. 240): Vir non potest impignorare, vendere vel dare uxoris suae immobilia — praeter ejus voluntatem et liberorum — nisi legitima cogente necessitate.

[19] Gerber, System, §. 231 a. E.

[20] z. B. Freiburg. Stadtpriv. v. 1120. S. 33: Burgensi licet dare vel vendere uxore sua vivente quidquid possidet. — Berner Handfeste v. 1218. Art. 42: Quamdiu pater et mater vixerint, quotquot filios habuerint, non possunt eis contradicere, quidquid facere voluerint de omnibus rebus suis.

[21] Bayer. L. R. 11, 14 (Heumann l. c. 82): ein yeglich man — was

Als Ersatz für die eingebrachte Fahrhabe erhielt die Frau die Gerade, deren Gegenstände sich übrigens erst bei Trennung der Ehe zu einem Vermögenscomplex einigten.

Zu der Bestellung einer **Morgengabe** hatte der Mann, soweit sie aus Immobilien bestand, Zustimmung der Erben nothwendig. Jedoch war ihre Bestellung privilegirt, indem Dienstleute auch ohne der Erben Erlaubniß hierzu hingegeben werden konnten (s. §. 25). Da die Frau an ihrer Morgengabe Eigenthum erhält, und wäre es auch erst mit dem Tode des Ehegatten, so vererbt sie dieselbe auf ihre Erben und diese haben daher bei Veräußerungen ein Einspruchsrecht, sofern sie unbewegliche Güter oder Dienstleute betreffen.[22]

Da ein **Witthum** regelmäßig in dem lebenslänglichen Nießbrauch von Grundstücken bestand, mußte Auflassung und Zustimmung der Erben zu seiner Bestellung erfolgen.[23] Beim Tod der Frau fällt das Grundstück an die Erben des Mannes zurück; zu einer Veräußerung desselben sind also nicht ihre, sondern seine nächsten Erben beizuziehen.

Das Stammgutssystem sicherte den Bestand der ehelichen Gütereinheit; Gütergemeinschaft, wie sie sich später entwickelte, war eine Unmöglichkeit, so lange die unbeweglichen Güter der Succession des nächsten Erben nicht entzogen werden, also nicht ins gemeinsame Eigenthum beider Ehegatten und dadurch in eine andere Familie kommen konnten. Deshalb kennen die Rechtsbücher das Institut der Gütergemeinschaft nicht; denn die Haftung des Frauengutes auch für die Schulden des Mannes

---

dem haymsteur geben wirt, es sey aygen oder lehen oder varntu hab, der hat gewalt damit ze schaffen und ze tun was er will, es sey dann ob im die haymsteur mit besonderm gedinge geben werde.

[22] Eine Morgengabe in Grundstücken kennt der Ssp. nicht (s. Siegels Erbrecht S. 81), vielmehr schließt er das Einspruchsrecht der Erben der Frau aus, so lange die Ehe dauert. Ssp. III, 38. §. 3: — morgengave ne erft nen wif bi ires mannes live, sie ne hebbe se untvangen na ires (ersten) mannes dode. — Viele Stadtrechte kennen die Morgengabe nicht: s. **Sächs. Weichb.** (22.) und **Sächs. Dist.** IX, 11, 17. (**Krauts** Grundriß, S. 359. 11 und 12).

[23] Ssp. I, 21. §. 1 und 2.

hat ihren Grund in der ausgedehnten Verwaltungsbefugniß desselben. Der Tod des einen Ehegatten begründete ferner kein besonderes Erbrecht des andern; jeder Theil zog vielmehr sein Vermögen wieder an sich, gleichwie bei einer andern Auflösung der Ehe. Ueberall vererbten die unbeweglichen Güter nach dem Geblütsrechte, also bei bekinderter Ehe an die Kinder, bei unbekinderter an die nächsten Verwandten beider Seiten.[24] Dieses so eng mit dem Stammgutssystem zusammenhängende eheliche Güterrecht trug durch seinen Untergang viel zur Zerstörung des ersteren bei. Sobald den Ehegatten ein Erbrecht eingeräumt und der gesammte Nachlaß als eine Vermögenseinheit begriffen wurde, an welcher auch dem Ehegatten eine Quote zustehen konnte, erschien das Einspruchsrecht des nächsten Erben in seinem Wesen angegriffen. Diese Entwicklung zeigte sich schon frühzeitig in den Städten und gestaltete sich gegen Ende des XVI. Jahrhunderts zu einer wirklichen Gemeinschaft der Güter. Die Städte kannten die Morgengabe vielfach nicht (cfr. Note 22); Grundbesitz war aber bei ihnen von geringerer Bedeutung und auch seltener, als daß die Bestellung einer größeren Leibzucht dem Mangel der Morgengabe hätte abhelfen können. Rentenposten galten, sofern sie nicht für einen Erbtheil constituirt wurden, stets als Fahrhabe. Dazu kam bei Trennung der Ehe die Schwierigkeit einer Ausscheidung, wenn das Eingebrachte der Frau aus Mobilien bestand, so daß schon der Sachsensp. III, 74 abändernde Bestimmungen in Eheverträgen zuließ; wie aber hätte diese Sonderung in den Städten möglich sein sollen? Ferner konnte man in ihnen nicht mehr bei dem Institut der Gerade verbleiben, da diese der Ehefrau, welche in Gewerbe, Handel und Kauf Arbeit und Sorge mit dem Manne gleich theilt, einen zu geringen Antheil am Vermögen gewährte.[25] Vielmehr entstand der gewiß berechtigte Gedanke, daß wie die Lasten, so auch die Vortheile der Ehe gemeinsam sein sollen und daß es eine Ungerechtigkeit sei, dem Manne allein die Er-

---

[24] Sächs. Weichb. Art. 218. — Schwsp. c. 161. 162.

[25] Verm. Ssp. I, 11, 1. I, 14, 4.

rungenschaft zuzutheilen. Ein Anspruch desselben aus seinem hausherrlichen Verfügungsrechte und etwaigen Mundium über die Frau konnte sich schon deshalb nicht halten, weil geläuterte Sitte und mildere Behandlung auch hier die alte strenge Grundlage zerstören mußte. Am meisten aber wirkte die Gestattung der freien Verfügung über wohlgewonnene Immobilien zur Erzeugung des Gedankens, daß wenigstens Mobilien und gewonnenes Gut Eine Masse gegenüber dem Erbgut bildeten. Damit war der Anfang zur Betrachtung des Vermögens als einer Gesammtheit unter der alleinigen Verwaltung des Ehemannes gemacht und alsbald begann man der Ehefrau anstatt Gerade und Leibgedinge das Wahlrecht auf eine Quote des Nachlasses zu gewähren.[26] Das Stammgutssystem war aber hierdurch gebrochen und es ist nicht zu verwundern, daß dem Ehemann freiere Willkür zur Verfügung über das eheliche Vermögen gegeben wurde.[27] Diese Steigerung hatte auf der andern Seite eine Erhöhung der Rechte der Ehegattin zur Folge, so daß die ehelichen Vermögensverhältnisse nicht mehr in der früheren Weise der Gütereinheit fortzubestehen vermochten, sondern den Eheleuten entweder an der Errungenschaft oder an der Gesammtheit des Vermögens ideelle Theile eingeräumt wurden.

Nicht wenig mußte hierzu die Lockerung der alten starken Familienbande beitragen, in Folge welcher die Töchter im Erbrecht den Söhnen gleich traten, so daß in Hamburg schon nach dem Stadrechte vom J. 1270 Töchter wie Söhne auch in Erbgüter succedirten. Dies war natürlich nur da möglich, wo das Grundeigenthum seine politische Bedeutung verloren hatte und deshalb die Frau hinsichtlich desselben sich gleichberechtigt neben den Mann stellen konnte.

Die Vormundschaft begann zu einer einfachen cura bonorum und Vertretung des Mündels in Rechtsgeschäften und vor Gericht sich umzubilden, so daß der Vormund in seiner

[26] Gosl. Stat. 11, 20—25. — Verm. Ssp. I, 23, 5. 6.

[27] Berner Handf. v. 1218. §. 43: pater potest omnia bona, quae habet in allodiis, feodis, dare, vendere, etiam pueris invitis et uxore nolente.

Eigenschaft als solcher keine Ansprüche an das Grundeigenthum hatte, wenn er nicht zugleich nächster Erbe war (s. oben §. 24). Die Beschränkungen der freien Verwaltung des Vormunds durch den nächsten Erben in Folge des Stammgutssystems mußten mit dem Sinken des letztern in die Hand der erstarkenden Staatsgewalt übergehen.

§. 30.

Erbrecht.

Am bedeutendsten mußten die Wirkungen des Stammgutssystems im Erbrecht sich äußern, da ja der Zweck des ganzen Instituts dahin ging, der Sippe das Grundeigenthum als Voraussetzung ihrer politischen Berechtigung zu erhalten, so daß in dem Einspruchsrechte des nächsten Erben ein Schutz seines Successionsrechtes lag. Da aber jenes Recht sich nur auf Immobilien erstreckte, war es der juristischen Auffassung unmöglich, die Hinterlassenschaft eines Verstorbenen zu einer rechtlichen Einheit zu gestalten, wie dies im römischen Rechte der Fall war. Dem Nachlasse fehlte der Begriff eines Vermögens, das in sich selbst die fingirte Persönlichkeit des Verstorbenen trägt. Vielmehr zerriß das durch den Erblasser vereinigte Gesammtvermögen in eben so viele verschiedene einzelne Vermögensgruppen, als zum Nachlaß berechtigte Persönlichkeiten vorhanden waren. Demnach zerfiel nach Abzug des lehenbaren Besitzes jede Hinterlassenschaft nach Landrecht wenigstens in zwei faktische Erbvermögenscomplexe. War das verstorbene Glied der Familie ein Mann, so trennte sich das Heergeräthe, war es eine Frau, die Gerade, in welche Hinterlassenschaftstheile eine besondere Succession stattfand, von dem übrigen Immobiliar- und Mobiliar-Nachlaß ab. Heergeräthe und Gerade sind Bestandtheile des Nachlasses, welche rechtlich als ein Voraus für diejenigen Erben gelten, die zugleich mit andern ebenso nahen, aber zu jener Succession nicht berechtigten Erben succediren.[1] Eine Verschieden-

---

[1] Gosl. Stat. 1, 4 und 5: Is aver erer eneme dat gherade oder herwede anirstorven, das nimt de t o v o r e n. Hierin liegt keine indirekte Erb-

heit der Successionsart wird dadurch nicht begründet; vielmehr erstirbt das Heergeräthe und die Gerade wie der übrige Nachlaß auf den betreffenden Berechtigten. Daher gelten auch hinsichtlich aller Erbschaftsklagen dieselben processualischen Grundsätze.[2] Wer Erbe in Bezug auf einen solchen Voraus ist, hat, wenn ein Stück desselben vom Erblasser zu einer Zeit veräußert wurde, in welcher er die Fähigkeit hierzu nicht mehr besaß, eine Klage gegen den Erben des übrigen Nachlasses auf Entschädigung.[3] Daraus folgt denn offenbar, daß seine Berechtigung nicht blos eine dingliche ist, weil ihm auch Forderungen zustehen. Er erhält vielmehr durch den Tod des Erblassers Eigenthum an den im Nachlasse vorhandenen Gegenständen des Heergeräthes oder der Gerade und ein Forderungsrecht auf Ersatz der widerrechtlich entzogenen[4] Gegenstände. Dieses Forderungsrecht hat seinen Grund lediglich darin, daß dem Erbrecht in die Fahrhabe keine Befugniß vorausgeht, ihre widerrechtliche Veräußerung noch zu Lebzeiten des künftigen Erblassers anzufechten.

Das Erbe im engern Sinne, zu welchem auch die Forderungsrechte des Erblassers gehörten und auf welchem die

---

folge, wie Siegel l. c. S. 167 behauptet; da das Erbrecht nach ihm ein dingliches Recht an Immobilien ist, hätte er überhaupt an Heergeräthe und Gerade jedes Erbrecht läugnen sollen.

[2] cfr. Söster Stat. aus dem 12. Jahrh. (Emminghaus, memor. Susat. p. 115): Quicumque aliquem in judicio convenit de hereditate vel de herwadio vel de gerathen, plenam ei warandiam et fidejussionem ad annum et diem legitimum praestabit. — Ssp. II, 15. §. 2: Lovet aver en man ene gewere, dar he herwede oder erve vorderet, oder vrowen die rade vorderet, oder jenege varende have, unde wirt in an der gewere burst, dat se in gebroken wirt mit rechte, se geweddet deme richtere dar umme unde latet die have mit bute.

[3] Verm. Ssp. I, 17. 5: Vorsterbet eyn hergeweto edder gerade, daz vorgeben adder vorkauft adder verkummert wert zcu unrechte, also man is von rechte nicht thun mochte; wer daz erbe nemmet von deme das hergewette oder gerade verkummert ist, der sal daz irstaten.

[4] Verm. Ssp. l. c. — Magdeb. Schöffenurth. (Böhme II, 2. 129): ist geshen, dat myne mutir von todis wegen abegostorbin ist, mich alleine, iren Son, had glassin, als habe ich mich angezogin allis gutis. des anefangit mich — myner mutir schwestir umb dy gerade.

Schulden hafteten, theilte sich wieder in zwei wesentlich verschiedene Bestandtheile: das bewegliche und das unbewegliche Gut. Da letzteres der Veräußerung gegen den Einspruch des nächsten Erben entzogen war, so ergab sich unmittelbar, daß für die Schulden des Erblassers nicht das gesammte Vermögen, sondern nur die Mobilien desselben verhaftet sein konnten. Daraus folgte von selbst, daß dem deutschen Erbrechte der Gedanke einer Uebernahme der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Erblassers gänzlich fern bleiben mußte. Denn einerseits hinderte die Zersplitterung des Nachlasses in verschiedene Gruppen das Zusammenfassen zu einer juristischen Gesammtheit, andererseits entzog das Einspruchsrecht des nächsten Erben die Immobilien der unbeschränkten Disposition des Erblassers, so daß seine Schulden nicht eine Last der Verlassenschaft bilden, sondern nur auf den Mobilien ruhen konnten. Diese beiden Consequenzen des Stammgutsprincips ließen den Erbnehmer nicht als Repräsentanten des Erblassers erscheinen, der dessen vermögensrechtliche Persönlichkeit übernahm; vielmehr blieb das ererbte Vermögen in seiner Hand eine von seinem eigenen Vermögen gesonderte Masse, die Schulden des Erblassers wurden nicht seine Schulden, sondern aus demjenigen Theile des hinterlassenen Vermögens, über welchen der Erblasser frei zu verfügen hatte, bezahlt, ohne daß der Erbnehmer mit seinem eigenen Vermögen oder gar nach strengem Schuldrecht mit seiner eigenen Person gehaftet hätte. Nicht als Repräsentant des Erblassers trat er auf, sondern vielmehr vermöge angeborenen Rechts als Glied der Sippe. Als solches genoß er schon zu Lebzeiten des Erblassers Schutz seines eventuellen Erbrechts an den Immobilien durch Einräumung eines dinglichen, die Dispositionsbefugniß ihres Inhabers beschränkenden Rechtes; mit dem Tode desselben, — sei dieser wirklich erfolgt oder fingirt, — trat er in das Eigenthum der Liegenschaft nicht kraft einer Willensäußerung des Erblassers, sondern kraft Geblütsrechtes ein. So liegt denn in dem Eigenthumsübergang auf den Erben eine Art Confusio: das dingliche Recht der Veräußerungsbeschränkung gegen den Erblasser endigt mit dem Erwerb des Eigenthums

durch den Erben. Wie aber nach der Idee des Stammgutssystems das Erbnehmen der Grundstücke einen Eintritt in die Rechte des Erblassers als Einzelrechte enthielt, so mußte sich das Verhältniß auf gleiche Weise mit dem übrigen, besonders in ursprünglicher Zeit stets geringeren und unwichtigeren Theile der Erbschaft, den Mobilien und Forderungen, gestalten. Es ist unmöglich, auf diese Vermögenstheile eine Repräsentation des Erblassers zu gründen;[5] denn daß die Schulden der Erbschaft auf den Mobilien ruhten, hat seinen Grund in der Ungültigkeit jeder Schuldbelastung des Grundeigenthums ohne den Willen des nächsten Erben. Hatte dagegen dieser zugestimmt, so vererbte nun das durch ein gültiges Rechtsgeschäft mit einer rechtlich wirksamen Last bebürdete Grundeigenthum auf sämmtliche Erben. War deshalb eine Leibzucht gültig bestellt, so erhielt der Erbe mit dem Tode des Erblassers das durch die Leibzucht beschränkte Eigenthum; sein volles Eigenthumsrecht aber consolidirt mit dem Erlöschen jener Leibzucht.[6] Hatte der Erbe dagegen nicht zugestimmt, so haften nicht das Grundeigenthum oder er selbst sondern nur die Mobilien.[7] Endlich ist auch der Eintritt in die Forderungsrechte des Erblassers eine Succession in Einzelberechtigungen, aber immer eine Succession in Folge Erbrechts.[8]

---

[5] cfr. dagegen Sydow, Erbrecht l. c. S. 285.

[6] Siegel, l. c. S. 150, drückt sich dahin aus, der Erbe bekomme in einem solchen Falle wohl die Gewere des Gutes, keineswegs sei aber auch das Gut auf ihn vererbt und er könne sich desselben nicht unterwinden. Es ist aber zum mindesten eine sehr unklare Fassung, wenn das volle unbeschränkte Eigenthum durch „Gewere des Gutes mitsammt dem Gut" (S. 149) bezeichnet wird.

[7] „Die Schulden sind eine nothwendige Verminderung der Erbschaft". Gerber, Syst. §. 248. N. 10. — Nur darf man sich deßhalb nicht zu der Behauptung hinreißen lassen, daß „geschuldete Gegenstände aus diesem Grunde nur zufällig noch in der Erbmasse vorhanden" gewesen seien. Siegel l. c. S. 178. — Die richtige Auffassung liegt auch in dem Sprichwort, daß die Schulden der nächste Erbe seien.

[8] Nicht „ein bloses Einklagen des zum Erbe gehörigen, in fremder Hand befindlichen Gutes". (Siegel, l. c. S. 189. Rubr. 4). Wäre dies auch der Fall, so müßte doch das Klagrecht vererbt sein, woraus sich offenbar

In der Anerkennung des Stammgutssystems liegt weiter der Ausschluß der Erbschaftsantretung. Der Todte erbt den Lebendigen. Denn die durch jenes System herbeigeführte unmittelbare Singularsuccession in die Rechte des Erblassers schließt die Antretung eines jeden einzelnen derselben als eine Unmöglichkeit aus und die Zusammenfassung des ganzen Vermögens zu einer Einheit war eben wieder bei der vollen Entfaltung des Stammgutsprincips unmöglich. So blieb dem Erben nur das Recht des Verzichts auf die Erbschaft.

Lag ferner im Stammgutssystem der Schutz der politischen Berechtigung einer Familie, so konnte dem künftigen Erblasser das Recht zu einseitigen Verfügungen über seinen Tod hinaus eben so wenig eingeräumt werden, als ihm unbeschränkte Dispositionsbefugniß zu seinen Lebzeiten zukam. Testament und Erbeinsetzungsvertrag sind daher dem deutschen Recht der mittlern Zeit noch fremd. Der Erblasser sollte über seinen Nachlaß nicht willkürlich verfügen, seine Familie von demselben nicht ausschließen können. Die Idee der testamentifactio oder der Enterbung konnte erst mit dem Sinken jenes Princips und mit dem Steigen des Mobiliarverkehrs allmälig zur Geltung kommen, eine Entwicklung, die das römische Recht vollendete.

In der ersten Periode des Stammgutssystems mußte die Verschiedenheit der Successionsordnung und insbesondere das Vorzugsrecht des Mannsstammes von wesentlichem Einfluß auf das Einspruchsrecht des nächsten Erben sein. Dieser Vorzug sank mit der staatsrechtlichen Bedeutung des Grundbesitzes. Im Ssp. findet sich letztere auf die Befugniß der Theilnahme am Gerichte beschränkt; jene dagegen wurde in der Weise der alten Lex Saxonum beibehalten, so daß der Sohn die Tochter ausschloß, ein Recht, das in seiner Ausdehnung auf die gesammte Hinterlassenschaft [9] gewiß ohne irgend eine innere Berechtigung

---

ergeben würde, daß das Erbrecht nicht blos ein dingliches Recht am Grundeigenthum sein kann, so wenig als die Forderungen „Gegenstände bilden, die zwar faktisch in der Erbmasse nicht vorhanden sind, rechtlich aber zu derselben gehören". (S. 74.)

[9] cfr. Ssp. I, 17. §. 1. — s. Siegel, Erbrecht S. 49.

dastand. Schon der Schwsp.[10] stellt Söhne und Töchter einander gleich. Er kennt eine ausschließliche Succession der Söhne nur in den Stammsitz des Geschlechts, auf welchem dasselbe gewissermaßen seinen Mittelpunkt hatte, in den Ansedel, wie auch der Ssp. dem Mannsstamme eine ausschließliche Succession in das Hantgemal[11] einräumt. Im Gegensatz zu der Erbfolge in Bezug auf den Ansedel ist die in das Hantgemal Majorat. Diese verschiedenen Successionsarten konnten übrigens auf das Einspruchsrecht nur insofern einwirken, als danach die Person des nächsten Erben sich bestimmte.

In der Anerkennung gleicher Erbfähigkeit der Frauen und Männer lag jedoch eine Erschütterung der Strenge des Stammgutssystems. Nicht nur erlangten dadurch die Frauen mehr Grundeigenthum, sondern man begann auch, sie mit liegenden Gütern auszustatten. Die Wandelung des ehelichen Güterrechts (s. §. 29) schaffte gleichfalls Grundbesitz in ihre Hände. Dies Alles in Verbindung mit der größern Steigerung des Mobiliarwerths und der Stellung der Frau in einer Handel und Gewerbe treibenden Stadt, welche die Grundsätze jenes Systems nur unpraktisch fand, mußte eine Umgestaltung der alten Verhältnisse durch die Entwicklung des deutschen Rechts selbst herbeiführen. Eheverträge regelten bald die Successionsverhältnisse und durch den Einfluß der nach römischem Rechte lebenden Geistlichkeit begann man auch einseitige Dispositionen über den Nachlaß zu treffen. Die Seelgifte machten hierzu den Anfang. Schneller erfolgte diese Entwicklung in den Städten als auf dem platten Lande, wo eben das Grundeigenthum rasche Umgestaltung hemmte. Allein auch hier neigte sich das deutsche Recht überall zu der Entfesselung des Grundeigenthums, selbst des ererbten.

Schon durch die Einräumung einer Erbquote zur Entschädigung der Frau hatte man begonnen, den Nachlaß als Vermögenseinheit zu betrachten; mit der Entwicklung dieses Ge-

[10] c. 148. a. und b.

[11] s. Homeyer, über die Heimath nach altdeutschem Rechte insbes. das Hantgemal, Berlin, 1852.

dankens änderten sich die alten Ansichten über Haftung. Nahm man ein unbeschränktes Verfügungsrecht des Eigenthümers über wohlgewonnenes Gut an, so war die nächste Folge, dasselbe für die Schulden haften zu lassen. Ja die Goslarer Statuten [12] enthalten schon das Princip der Repräsentation und unterwerfen in Folge dessen auch Erbgut der Schuldhaftung. Denn diese würde, wenn der Erblasser selbst noch lebte, einen Fall echter Noth bilden, so daß er ohne Zustimmung des nächsten Erben veräußern könnte. Das muß auch für den Erben gelten, der nach der Idee der Universalsuccession die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers übernommen hat. Auch im Landrecht [13] vollzog sich dieser Uebergang zu den Gedanken, welche in voller Consequenz das römische Recht ausspricht, und im XVI. Jahrhundert war mit dem Sieg des letztern als gemeinen kaiserlichen Rechts der Untergang des Stammgutssystems entschieden.

Das römische Recht hatte ein neues Erbrechtsprincip: die juristische Einheit im Nachlasse und die Repräsentation des Erblassers durch den Erben. Deshalb mußte auch vom Erbrechte aus der wirksamste Angriff gegen das deutsche Stammgutssystem erfolgen. Doch äußerte sich die Wirkung des römischen Rechts nur befördernd und unterstützend, keineswegs die Entwicklung begründend; denn das deutsche Recht selbst war auf

---

[12] Goslar. Stat. S. 7, 5 ff.: Wat man up enne to klaghende heft van scult weghene oder van scaden, of he sterft, dar mot sin erve vor antwarden to deme selven rechte alse he selve scolde of he levede. — eod. S. 6, 29 ff.: We vorsaket, dat he erve up ghenomen hebbe, dar he af ghelden scole, mach men ime dat bewisen, so mot he ghelden of des erves vertyen: so esche men de schult uppe dat erve. Sterft en de ervegut hevet, — dat ervegut scal men vorkopen und manlikeme ghelden na sinen marktale. — Aber auch das Culm. R. 4, 91: Stirbet eyner und lessit steende eygen bynnen wicbilde und andirs keyn gut, wer sich des erbis undirwyndet alse ein erbname, der mus des toden redliche schult gelden und betzalen.

[13] Kl. Kaiserr. 2, 49: Eyn iclich mensche sal wissen wer daz erbe nymmet, daz her dy scholt gelden sal; wan ist der scholt vel und dez erbes wenig, ez sy farende gud oder legende gud, und griffet ers ane czu haldene, er ist schuldig czu geldene alle dy scholt, her thu ez den med ussgescheyden dingen also ez der keyser had gesaczt.

dem Wege des Fortschritts juristischer Bildung und Construction bereits bei derselben Auffassung angelangt. Besonders hatte die Entwicklung des Rechts in den Städten bedeutenden, hoch anzuschlagenden Einfluß. Hier erfaßte man zuerst selbständig das Vermögen als Einheit, man ließ die Institute des Heergeräths und der Gerade, die für den Städtebürger keinen Sinn hatten, fallen und schuf der Frau anfangs durch Eheverträge, dann durch statutarische Bestimmung eine Erbquote. In der Gestattung der Eheverträge lag die der Erbverträge und somit die Anerkennung von Dispositionen über den Tod hinaus, so daß zum Testament als der einseitigen, widerruflichen Willensverfügung eine stetige Entwicklung führte, die vom deutschen Recht begonnen und durch den Einfluß des römischen Rechts vollendet wurde.

§. 31.

Lehen- und Hofrecht.

Es liegt im Mittelalter ein Streben, Rechte der mannigfaltigsten Art mit dem Grundeigenthum zu verknüpfen und dadurch erblich zu machen. Statt das Amtsgut als Ausstattung zu betrachten, kehrte sich das Verhältniß und man vererbte und übertrug das Amt als Annexum des Gutes. Dieses Streben zeigt sich besonders auch im Lehen- und Hofrechte, welche in ähnlicher Weise Dienstleistung an den Besitz von Grund und Boden knüpften. Beide Rechte nahmen ziemlich denselben Entwicklungsgang; doch konnten sich Gewohnheitsrechte innerhalb der engern Kreise, die ein Hofrecht normirt, schneller und leichter erzeugen, als im Lehenrecht, das schon durch seine Verknüpfung mit dem Staatsleben höhere Bedeutung gewann und eben deshalb nur mit dem Sinken der Staatsgewalt und dem Verschwinden des alten Zweckes der Beneficienverleihung eine sichere Normirung bestimmter Rechte des Vasallen am Lehen zuließ. Mochte daher Erblichkeit der Lehen schon seit dem X. Jahrhundert factisch bestanden haben, ihre Anerkennung als Rechtssatz findet sich doch erst im folgenden Jahrhundert.

Zuerst hatte diese Entwicklung in Italien statt [1] und erlangte bald eine solche Stärke, daß man aus der Erblichkeit des Lehens unter Construirung der successio ex pacto et providentia majorum ein Recht der Familienglieder auf Uebertragung desselben herleitete. Fand sie in Deutschland auch nicht principielle Aufnahme, so begünstigte sie doch das Herüberziehen landrechtlicher Grundsätze auf das Gebiet des Lehenrechts. Schon längst vor dem Entstehen der Beneficien hatte hier der nächste Erbe ein Einspruchsrecht gegen Veräußerungen von Grundbesitz; es erschien natürlich und ergab sich von selbst, diesen Grundsatz analog im Lehenrecht anzuwenden, nachdem sich einmal eine Gewere des Vasallen am Lehengute, ein dingliches rechtlich geschütztes Verhältniß entwickelt hatte. Auf die Seitenverwandten konnte aber dieses Einspruchsrecht nicht ausgedehnt werden, weil das deutsche Lehenrecht nur die Erbberechtigung der männlichen Descendenz des Vasallen kennt. Sicherheit gegen Verschleuderung gewährte überdies die zu Veräußerungen nothwendige Einwilligung des Lehensherrn. Wie langsam jedoch die Anerkennung dieses Einspruchsrechtes der Lehenserben sich Bahn brach, zeigt der Ssp. Nur in einigen singulären Fällen gewährt das deutsche Lehenrecht den Kindern des Veräußerers das Recht des Widerspruchs. Diese Fälle sind die Beschränkung des Lassens und Leihens ohne Besitzübertragung [2] oder bei körperlicher Untüchtigkeit, [3] sowie die Beschränkung der Verleihung in Todesgefahr oder bei Flucht aus dem Lande. [4] Sonst verpflichtet das Leihen den Sohn auch ohne seine Einwilligung. Selbst bei Veräußerungen, die des Herrn Genehmigung erfordern, ist dem Kinde eine Anfechtung nicht gegeben. [5] Seit Anfang des XIII. Jahrhunderts gewinnt dagegen das Einspruchsrecht des nächsten Erben auch auf dem Gebiete des Lehenrechts mehr Anerkennung, so daß allmälig die

[1] I. F. 1. §. 1 und 2.

[2] Sächs. Lehenr. 30. §. 1.

[3] Ssp. I, 52. §. 2.

[4] S. Lehenr. 58. §. 2.

[5] Ssp. I, 14. §. 2 spricht Freiheit der Veräußerung geradezu aus.

sämmtlichen Grundsätze des Landrechts auf das Lehenrechtsgebiet übertragen werden. In einer Reihe von Urkunden finden sich die heredes als zustimmend aufgeführt; es wird das Versprechen gegeben, den Consens noch unmündiger Kinder beizubringen und hierfür Bürgschaft geleistet. K. Waldemars Lehenrecht stellt Veräußerungen von Lehen und Alod einander gleich, jedoch mit der Beschränkung auf ererbtes Gut.[6]

Derselbe Entwicklungsgang erfolgte im Hofrecht. Den reichsten Aufschluß hierüber gewährt das Statut des Wormser Bischofs Burchard vom J. 1024,[7] aus welchem sich der Charakter des Hofrechts leicht als eine Uebertragung der Grundsätze des Landrechts mit den nöthigen, aus der Gewalt des Herrn entspringenden Modificationen erkennen läßt. In dieser Weise trifft dasselbe in §. 1 Bestimmungen über das eheliche Güterrecht und die Succession, in §. 2 über die Rechte der Erben. Neben der von selbst sich ergebenden Beschränkung, daß das Gut der Gewalt des Herrn nicht entfremdet werden konnte, sollen Erbgrundstücke bei Veräußerungen aus Noth den nächsten Erben zum Vorkauf angeboten werden und erst, wenn diese nicht kaufen wollen, steht freie Dispositionsbefugniß zu. Daß, abgesehen von diesem Ausnahmsfalle, Veräußerungen durch den erfolgten Widerspruch der Erben ungültig werden, enthält §. 6[8] und bestätigen gleichzeitige Urkunden, die darum des Consenses der Erben zu erwähnen nie unterlassen.[9] Das

---

[6] s. Homeyer, Ssp. II, 2. p. 437 ff.

[7] s. Walter corp. jur. germ. III. 775. §. 2: Si quis praedium vel mancipia in hereditatem acceperit, et in paupertatem inciderit, et ex hac necessitate hereditatem vendere voluerit; prius proximis heredibus cum testimonio proponat ad emendum: si autem emere noluerint, vendat cui voluerit.

[8] §. 6 (eod. S. 776): Si quis praedium, vel haereditatem infra Familiam vendiderit, et aliquis haeredum suorum praesens fuerit, et nihil contradixerit; vel si absens aliquis haeredum est, postea resciverit, et si infra spatium illius anni hoc reticuerit, postea jure carebit.

[9] Urk. v. 1184 (Scheit, mant. p. 308): Praeterea quoque notum esse volumus, quod C. de G., ministerialis noster, praedium quoddam praedictae ecclesiae in R. consensu uxoris suae A. et filiorum suorum C. et

Hofrecht beschränkt jedoch das Einspruchsrecht auf Veräußerungen von Erbgut,[10] eine Beschränkung, die sich gerade aus der Uebertragung der Grundsätze des Landrechts auf das Hofrecht erklärt. In jenem sank das Princip der Entstehung des Einspruchsrechtes nach und nach zu dem Streben der Erhaltung des Grundbesitzes im Interesse einer gesicherten socialen Stellung der Familie herab; im Hofrecht bewirkte von Anfang an kein anderes Motiv die rechtliche Fixirung der hergebrachten Verhältnisse, als eben gerade das Bestreben, den Besitz des Hofguts zu sichern, damit der Unterhalt der Familie des Ministerialen nicht durch Willkür des gegenwärtigen Hofbesitzers gefährdet

H. et aliorum heredum suorum vendidit. — Urk. v. 1258 (Ludewig, rel. man. IV, 55): De consensu uxoris meae Elisabeth et de bona voluntate matris meae dominae Ch. contradidi omne jus proprietatis in villa mea E., sicut jure hereditario quiete possederam. — Hildesheim. Dienstr. §. 3: och ist dere denestmanne recht dat se ore hovelen nemene laten ne moghen ane erven ghelof de en evenbordich sin. §. 6. Koft en denestman deme andern sin rechte hovelen af mit ervenlove, dat is eme negher to behaldene mit recht, eme tughe den men et ome gebreken moghe (corrupte Stelle). Hedde en denestman hovelen gekoft, dat mach he laten ane ervenlof. — cfr. LL. feud. Feklenburg (Fürth S. 531): Otto, Dei gratia comes in Felkenburg: bona nostra infeodata, in quibus cognati jus hereditarium exspectant, bonorum illorum proprietatem alienare non debemus, nisi voluntate et permissione eorum, qui haec bona exspectant. — Ruthardi, archiepisc. Mog., stat. fam. Fridesl. a. 1109. c. 10 (Kindlinger, Hörigkeit Urk. 7): Emta autem praedia a liberis sive alienis, ex qualibet possessione similiter emta, antequam in heredem descendant, et infra et extra ecclesiam sancti Martini absque licentia domini vel heredis, cuicunque vult, tradere potest.

[10] Interessant ist in dieser Beziehung das Weisthum, welches vor Abt Widekind in Corvey im J. 1190 gefunden wurde (Treuer, Münchhaus. Geschlechtshist. app. p. 6): Cum eandem pecuniam integre persolvissemus praedicti fratres G. et W. cum patre suo H. idem officium pro pecunia quondam sicut dictum est acquisitum manu et lingua resignaverunt omni in hoc juri suo prorsus renuntiantes omnium heredum suorum adhibito consensu. Nos vero ne aliquid sufficientis cautelae amitteremus, in sententia quaesivimus, si bona per emptionem acquisita absque heredum possent resignari consensu, ac H. de E. sententiam dedit: quod in hac resignatione et quorumlibet bonorum resignatione sic acquisitorum heredum convenientia non esset necessaria.

erscheine. Von dem das ganze Institut im Landrechte erschaffenden politischen Werthe des Grundeigenthums konnte für den Hofhörigen, den Unfreien keine Rede sein. Während die Rechte des nächsten Erben im Landrechte schon begründet und befestigt waren, hatte der Unfreie noch gar keine Gewere am Gute; bei der blosen Nachbildung aber der schon entstandenen Grundsätze des Landrechts kam es offenbar nur auf Rücksichten der Billigkeit und Nützlichkeit an, um die Familie des Hörigen vor Verarmung zu schützen. Dieser Schutz ließ sich erreichen, sobald ihr das Erbgut erhalten blieb. Da überdies Veräußerungen an Auswärtige durch die Dispositionsbeschränkung, welche der Hofherr ausübte, unmöglich wurden, da ferner Kinder, welche in die Gewalt eines andern Hofherrn fielen, die Dienstfolge des Vaters und damit die Erbfähigkeit verloren; so lag in diesem engen Zusammenhalten der hofhörigen Güter schon eine starke Schranke gegen Verschleuderungen. Endlich bildete ein bestimmendes Motiv zur Beschränkung des Einspruchsrechtes auf ererbtes Hofgut der Grundsatz, daß der Hörige zum Gute geboren werde; denn die nächste Folge hieraus konnte nur sein, ihm auf dieses Gut, zu dem er geboren, ein gesichertes Erbrecht zu geben. — Auch im Hofrecht wird der Einspruch auf den blosen Vorkauf beschränkt, wenn der Ministeriale durch echte Noth sein Grundstück wegzugeben gezwungen ist.[11] — Wie lange das Institut fortbestand, beweis't ein Hägergericht vom J. 1711.[12]

---

[11] Stat. Wormat. §. 2 (s. Anm. 7). — Urk. c. a. 1150 (Mon. Boic. III. 437): Quidam fidelis homo de familia R. ecclesiae, F. nomine, cum uxore sua, H. nomine, cum haberet praediolum — compulsus inedia vendere cogitavit; habens vero parvulos, qui nondum annos discretionis attigerant, emtorem non invenit. Hujus negotii qualitas coram ejusdem loci praeposito G. ventilata, justitia dictante sententia promulgatur: hominem ad suorum sustentationem parvulorum possessiunculam posse vendere nec eosdem parvulos adultos vel profectos factum patris cassare debere.

[12] §. 30 (Grimm, R.A. S. 607): gefragt, da ein man verarmete oder verbrannt were, oder sonst durch gefengnis mitgenommen würde, und keinen trost mehr hette, ob er nicht sich zu retten, sein hägergut

versetzen oder verkaufen möge und was deshalb recht sey? gefunden, alsdann mag er in seiner not mit wissen seiner erben ihnen das gut anbieten, wen es die nicht begehrten, mag ers dem hägerschen junkern anbieten; wan der's auch nicht begehrte, mag er's einem freunde versetzen und verkaufen. — s. noch Hofrecht zu Schwelm (Grimm Weisth. III, 31). — Schöplenberger Hofsrechte (Grimm III, 38).

C. Neueste Zeit.

Überreste und Neugestaltungen.

§. 32.
Einleitung.

Die alten Grundlagen des deutschen Staatslebens zerstörte der Lehenstaat. Aus seiner unvollkommenen Form entwickelte sich die Landeshoheit und mit ihr der Begriff des Unterthanenverhältnisses, der sich, besonders durch die städtischen Einflüsse, zum neuen Staatsbürgerthum gestaltete. Dieser Begriff hat nicht mehr das Grundeigenthum zu seiner Voraussetzung und gestattet, sobald er vollständige Geltung erlangt, keinen Unterschied der politischen Berechtigung zwischen freien Grundbesitzern und Hintersassen. Die Beibehaltung des alten Stammgutssystems ist daher nicht mehr möglich, wenn die staatliche Entwicklung diesen Schritt gethan hat.

Mit dem Entstehen der Landeshoheit ging der Rest der politischen Bedeutung des Grundeigenthums, die alte Gerichtsverfassung, unter. Nun trat nicht mehr die Versammlung der Schöffenbarfreien zusammen, um Recht zu sprechen, sondern aus der Grafschaft, aus der Guts- oder Lehensherrschaft entwickelte sich eine Territorialgerichtsbarkeit, die bald ihre Anknüpfung an das Reichsoberhaupt verlor und als Recht der Territorialherrn erschien. So kam es, daß die Landesgerichte von den einzelnen Landesherrn besetzt wurden und die frühere Grundlage des Echtedings, der Besitz freien Grundeigenthums, nicht mehr erforderlich erschien.

Damit war aber dem durch die gesammte neuere Rechtsentwicklung angegriffenen Stammgutssysteme das politische Princip völlig entzogen und es konnte nur mehr als bestimmendes Moment einzelner Erscheinungen des deutschen Rechtslebens hervortreten, die somit den historischen Rest eines Instituts

bilden, dessen frühere lebensvolle, das ganze Rechtsgebiet beherrschende Stärke völlig gebrochen ist. Seine gemeinrechtliche Bedeutung verlor es mit der Aufnahme des römischen Rechtes, das durch die Gestattung freier Verfügung über Grundeigenthum wie über Mobilien ein derartiges Institut ausschloß, und so setzte es ohne die Kraft des Widerstandes sein Leben in particulären Rechtsbildungen fort. Zwar begann man diesen Ueberresten einer einst so großartigen Rechtserscheinung nunmehr neue Motive unterzulegen. Allein sie reichten nicht aus, ihnen einen dauernden Charakter zu geben, so daß in neuester Zeit auch sie dem Untergang verfielen oder mindestens dem Andrange zerstörender Ideen nur zu sehr ausgesetzt erschienen.

§. 33.

I. Ueberreste.

Als Nachwirkung des Stammgutssystems stellt sich vor allem

1) der Retract dar. Seine ursprünglichste Gestaltung liegt im Familienretract, dessen tiefe geschichtliche Wurzeln mitten in das alte Recht hineinragen und dessen Fortbestehen durch die natürliche zwischen Familiengliedern herrschende Zuneigung und die hieraus entspringende Rücksicht, ererbte Güter der Familie zu erhalten, sich rechtfertigen läßt. In seiner Beschränkung auf ererbte Güter, wie sie direct aus der Begrenzung des Einspruchsrechtes auf Erbgüter fast in allen Statuten des XIV. und XV. Jahrhunderts erfolgte, erschien er auch dem römischen Rechte nicht so sehr widersprechend, wie das alte dingliche Recht des nächsten Erben, da man im Gegentheile an manchem römischen Vorkaufsrechte einen Anhaltspunkt suchte und fand (s. §. 29). Aber ein selbstsüchtiges Streben brachte denselben zu einer Ausdehnung, in welcher er bald einer Menge individueller Rücksichten ohne Princip und Rechtfertigung dienen mußte. Man trat ihm daher mannigfach entgegen, beschränkte schon frühe die hergebrachte Frist seiner Geltendmachung und hob ihn in neuerer Zeit in vielen Ländern vollständig auf.

2) Auf die Gestaltung der ehelichen Güterverhältnisse hatte

das alte Stammgutssystem den größten Einfluß, indem es der Vereinigung der Güter im Eigenthum beider Gatten entgegentrat und hierdurch die Erhaltung des Gütereinheitssystems unterstützte (s. §. 29). Denn der Begriff des Stammguts verträgt sich nicht mit allgemeiner Gütergemeinschaft, wie sie zuerst durch Ehestiftungen, worin die Gatten einander gegenseitig das Vermögen zusagten, und dann in Statuten ausgesprochen wurde. Da man endlich den Begriff einer Gütergemeinschaft überall anzunehmen geneigt war, wo der Mann während der Ehe freie Disposition hatte, so war es einzig das System der Erb- und Stammgüter, welches der Anwendung jener Idee entgegentreten konnte. Aus diesem Grunde haben noch heute das lübische und hamburgische [1] Recht die Gütereinheit beibehalten, nicht weniger das holstein'sche und alle diejenigen Rechte, die das Institut der Erb- und Stammgüter bewahrten. Unmittelbare Reste dieses Instituts sind aber:

a) das Verfangenschaftsrecht, das bei bekinderter Ehe dem überlebenden Ehegatten nur die Fahrniß und die Leibzucht an allen hinterlassenen Liegenschaften gewährt, dagegen das Eigenthum der letztern den Kindern zutheilt. Ohne ihre Zustimmung kann nunmehr der Ehegatte über das Immobiliarvermögen nicht verfügen. Dieses Institut beruht offenbar auf der alten, aus dem Stammgutssystem sich ergebenden Trennung der Mobilien und Immobilien im Nachlaß und auf einer Nachwirkung des früheren Einspruchsrechtes bei Veräußerungen von Immobilien. Freilich läßt sich das große Mißverständniß des frühern Rechts und die aus der Vermengung fremder Rechtsideen mit den einheimischen hervorgehende Unklarheit der Anschauung nicht verkennen. Denn die Immobilien des verstorbenen Gatten fielen den Kindern durch Erbgang ins Eigenthum zu und deshalb konnte sie der überlebende Ehegatte ohne ihre Zustimmung nicht veräußern. Wenn er aber, wie

[1] s. gegen Baumeister, das Hamburger Privatrecht 1856, II. S. 163, der den Ehemann zum Alleineigenthümer macht, Gerber in seinen und Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heut. röm. u. deutsch. Privatrechts, I. Band. S. 243. N. 2.



nach dem alten Stammgutsprincip, auch bei Dispositionen über sein eigenes Gut sich gebunden sah, so beruht dies nunmehr auf einem gänzlich verschiedenen Rechtsgrunde: nämlich auf einem mit dem Sterbefall eintretenden legalen Uebergang seines Grundeigenthums auf die Kinder. Diesen gesetzlichen Eigenthumsübergang, der seinen Ursprung in einem Mißverständniß des Stammgutssystems hat, und das Erbrecht der Kinder einigte man unter dem Namen des Verfangenschaftsrechtes und construirte aus diesem unklaren Begriffe ein Rechtsinstitut, das sich weder von Seite der Gesetzgebung noch der Rechtsconsequenz vertheidigen läßt. [2]

b) Den Gegensatz hierzu bildete das Fallrecht. Bei diesem sollen in das Vermögen eines unbekindert Sterbenden die Ascendenten in der Art succediren, daß nach dem alten Grundsatz paterna paternis materna maternis das von einer Linie Herkommende auch auf diese wieder zurückfällt. Da es dem Institute wenigstens nicht an logischer Consequenz mangelt und sein Zusammenhang mit dem alten Stammgutssystem noch ungetrübter erscheint, konnte es auch mehr Verbreitung finden, als das Verfangenschaftsrecht. [3]

§. 34.

II. Das bürgerliche Erbgut.

Schon in der mittleren Periode wurde von allen Seiten, besonders in den Stadtrechten, das Einspruchsrecht des nächsten Erben angegriffen und beschränkt, und die nunmehr erfolgende

---

[2] cfr. besonders Wächter, württemb. Privatr. I. S. 200 ff. — Maurenbrecher II. S. 727.

[3] Kl. Kaiserr. II, 95: Do eyn man stirbit (off een wyff) der gut hat, das her unvergifftet hat, daz sollen nemen syne erbin: daz von dem vater komen ist, daz sollen nemen dez vaters frunde, daz von der muter komen ist, daz sollen nemen der mutter frunt. Han se aber gut gewonnen meder arbeyt, so sollen se ez glich teylen. — Alt. Berg. L.R. §. 21 (Lacombl. Arch. I. 1. 89): In dem Lande van dem Berge sall alle guith ind Erffzahl widderumb zoruk fallen ind ersterven, dar dat herkomen wehre, also langh als man dat bewiesen kan, wan gein lyffsgebuirth dairvan en levede. — Jül. Berg. Landr. v. 1565. cap. 88.

Aufnahme des römischen Rechts mit seiner Freiheit zu letztwilligen Verfügungen, mit seiner Gleichstellung von Mobilien und Immobilien vollendete das schon begonnene Bestreben, ein unpraktisches Institut zu entfernen. Es erhielt sich nur in wenigen Provincial- oder Stadtrechten und zwar unter mannigfaltigen Modificationen der alten Principien.

Regelmäßig sind Erbgüter Immobilien, die von Blutsfreunden durch Erbgang, durch Zuwendung auf den Todesfall, durch Abschichtung und Aussteuerung der Kinder erworben wurden (cfr. §. 25). Durchgreifende allgemeine Grundsätze lassen sich jedoch, da das Erbgutsrecht eine ungleichartige Entwicklung nahm,[1] nicht aufstellen.

---

[1] Man vergleiche z. B. Läneb. Stadtr. 4. 1: Es mag auch Niemand — sein Stammgut, so ihme von seinen Vor-Eltern erblich angefallen, und unbeweglich oder vor unbeweglich zu achten ist, noch einige Nuzbarkeit davon, sowenig in seinem lezten Verteſtiren oder Vermachen, oder auf den Todesfall vergeben, als wenigst er dasselbige bei lebendigem Leibe auflassen kann, ohne Erlaubnüß der nächsten Erben, so die Anwartung ohne Mittel daran haben. — Project der Brem. reform. Stat. v. 1606. Stat. 160: Upstade Erve und liggende grunde, de van ohren Vorolderen, than wenigsten von ohrem Grotevader edder Grotemoder hergekohmen und op se dorch dahlstigende linien edder sithlinien mediate edder immediate geervet syn, mögen se solche gudere ohren negsten Erven deryenigen linie, von velkeren de guder hergekamen, nichtes vorgeven noch entwenden. — Hamb. Stat. v. 1605. III, 1. 7: Und wird dießfalls für Erbgut gehalten, — nicht allein was Jemand von seinen Eltern oder nächsten Freunden durch tödliche Fälle angeerbet, sondern auch was mit Gute die Eltern ihre Kinder, oder die Freunde ihre nächsten Erben bey derselben Vollmacht berathen und ausgesteuert haben. Aber was sonsten aus sonderlicher Gunst und Zuneigung gegeben wird oder durch Vernunft und sorgfältige Arbeit von Jemand erworben, das darf man für kein Erbgut rechnen oder halten. Art. 8. Imgleichen was von demjenigen, so einem Mann von wegen der Frau, und der Frau wegen des Mannes von Erbgut mitgegeben, oder bey ihrer beyder Leben mit angeerbet, nach Absterben des einen Ehegatten bei dem Ueberlebenden verbleibet, wird billig für Erbgut gerechnet und gehalten. Art. 9. Würde aber Jemand bei seinem Leben von Abnützung solcher Erbgüter durch fleissiges sparsames Haushalten erübern, ist solches billig für kein Erbgut, sondern wohlgewonnenes Gut zu achten und zu halten. — Hamb. Stat. III, 1, 4 (vom Jahre 1605): Von Erb-Gut ist Niemand — ohne seiner nächsten Erben Erlaubniß oder Bewilligung zu testiren

In den **norddeutschen Handelsstädten** wandelte sich das Erbgutssystem im XVI. Jahrhundert völlig um. Während z. B. nach dem alten hamburgischen Recht das Erbgut auf Liegenschaften beschränkt war,[2] hat sich der Begriff am Schlusse des XV. Jahrhunderts auch auf Mobilien ausgedehnt.[3] Wie aber auf der einen Seite die Objecte des Erbgutsrechtes zunahmen, wurden auf der andern die Befugnisse des nächsten Erben selbst eingeschränkt. Den Verkauf ausgenommen waren alle Dispositionen unter Lebenden der Einwirkung der Blutsverwandten entzogen und auch bei Verkäufen erhielten sie nur ein Vorkaufsrecht.[4] Der Handelsverkehr hat aber selbst dieses

---

ermächtigt, sondern dasselbe seinen rechten Erben ungeschmälert zu lassen schuldig. — Jülich-Berg. Landr. (zum erstenmal 1555, zum andernmal 1565 publicirt): c. 69. Von Testamenten. Es mag jedermann in unsern Fürstenthumben Gülich und Berg gesessen, oder darin begütert — sein Geschäfft des Testaments und lezten Willens machen — allein in beweglichen fahrenden Haab und Gütern, und nicht in erblichen liegenden und unbeweglichen in — unseren Fürstenthumben gelegen (ausserhalb der gewonnen und geworbenen Gütern), unter welche erbliche Güter auch verstanden und begriffen werden alle Güter, Zinsen und Renthen, so erblich oder ablösig und in Hylichs Noteln, Erbtheilungen und Verträgen oder andern Geschäfften für Erbschafft gemacht worden, welche alle und besondere nach alter Gewohnheit und hergebrachtem Gebrauch, nicht sollen noch mögen beständiger weiß durch ein Testament übergeben werden. c. 98. Nachdem — zu Erhaltung der Stammgüter gegründt und zugelassen, daß der nechst Blutsverwandter einen jeden Kauff insgemein durch seine Verwandten beschehen, binnen Jahr und Tag beschudden mag: So ordnen wir, daß hinfürter solche Beschuddung durch die Inwendige und Gegenwertige binnen sechs Monat, — durch die Außländige aber und Minderjährigen binnen Jahr und Tag, nach Zeit des beschehenen Kauffs und länger nicht, sollen geschehen können. — Ebenso Geldernsches Landr. III, 6. §. 2.

[2] Ordel v. 1270. I, 8. §. 2: Allerhand **erve**, dat enem manne edder ener vrouwen anwallen mach van eren elderen ofte van eren vrunden, dat hetet ervegud. — cfr. Stad. Stat. I, 4 (bei Pufend. I. app. 172). — Rig. 7 (eod. III. app. 325). — Lüb. Recht III, 250. — Hamb. Stat. v. 1292. C. 4.

[3] Stat. v. 1497. J. 6. §. 1: Allerhand erve **edder gut**, dat eneme manne anvallen mach edder anvallet van synen elderen edder synen vrunden, dat heet ervegud. Dies ist in den Anm. 1. citirten Stellen des hamburgischen Rechts von 1605 beibehalten.

[4] Im Statut von 1270. I, 8. 3. heißt es noch: **ervegud** ne mach

Recht durch Gewohnheit außer Uebung gebracht, so daß alle Beschränkungen, die aus dem alten Erbgutsrechte zurückblieben, sich nunmehr auf letztwillige Verfügungen beziehen.[5] Gegen sie hat der nächste Erbe ein Widerspruchsrecht, das sich aber auf alles Erbgut erstreckt. — Denselben Gang nahm das lübische Recht.[6] Das revidirte Statut von 1574, welches sich noch ganz an das alte Recht anschließt, rechnet zum Erbgut nur Immobilien und gibt das Einspruchsrecht bei jeder Veräußerung. Allein am Ende des XVI. Jahrhunderts trat schon eine Umwandlung ein, indem die Erben ihr Recht nicht mehr geltend machten und somit factisch Immobilien und Mobilien einander gleichgestellt wurden. Man begann aber nunmehr, gleichsam zum Ersatz, bei letztwil-

---

nen man setten offte sellen ane erve loff; und III, 10. 2. und IV, 2: Erve gud mach nemant geven ane erven loff. Dagegen lautet das Ordel von 1605, II, 8. 3: Wer sein Erbe — so er geerbet, befreiet, oder auch mit seinem wohlgewonnenen Gelde an sich gebracht, verkaufen will, der soll es zuvörderst durch zwei erbgesessene Bürger den beiden seiner nächsten Freunde, dar sein Gut auf fallen mag, anpräsentiren, und wenn die es nicht begehren, denen verkaufen, so das Meiste dafür geben wollen.

[5] Statut v. 1605. III, 1. 11: Wann auch ein Mann, er sey gesund oder krank, bey seinem Leben eine Theilung seines Gutes unter seine nächsten Erben anstellen würde, und dieselben nächsten Erben, darauf solch Gut von Rechtswegen fallen möchte, und zu ihren Jahren kommen und mündig seyn, darzu fordern ließe, und in Gegenwart befragte, ob ihrer Jemand solcher Theilung widersprechen wollte, daß sie solches da zur Hand thun sollten, schwiegen dieselben Erben alsdann mit nicht widersprechen stille dazu, und solches mit Rathspersonen zu bezeugen, so bleibet solche Theilung stett und kräftig. — cfr. III, 1, 4 (oben Anm. 1) und III, 1, 5: Hätte auch Jemand Erbgut empfangen und dazu Gut gewonnen, so soll und mag er seinen nächsten Erben zukehren, soviel er zu Erbe empfangen, und mehr ob er will, und das Übrige hinwenden und geben, wohin es ihm beliebt und gefällig ist.

[6] Lüb. R. I, 10, 6: Alles ist nach lübischem Recht wol gewonnen Gut, was kein Erbgut ist; Erbgut aber wird geheißen allerhandt Gut, welches einem Menschen anfallen mag von seinen Eltern oder Blutsfreunden. — Solches Erbgut mag man ohne der Erben Erlaubniß nicht alieniren, außer bei äußerster ehehafter Noth. — Wan solches geschicht, so haben die nähesten Erben den Kauff daran, wann sie wollen, doch vor soviel Geld, als der Frembde dafür geben wollen. — Dieser Artikel hat zu seiner Quelle das Anm. 2. cit. hamb. Stat. v. 1270. I. 8.

ligen Verfügungen Mobilien wie Immobilien zu behandeln. Eine Declaration vom 24. April 1754 [7] erkannte nur an, was Rechtens geworden war. Nach ihr erstreckt sich das neuere Erbgutsrecht nicht mehr allein auf Immobilien, sondern auch auf Mobilien, aber nicht auf die einzelnen Gegenstände als solche sondern nur auf ihren Werth; jede Disposition unter Lebenden über angeerbte Gegenstände ist frei gestattet, letztwillige Verfügungen dagegen sind untersagt. Der Retract besteht auch im lübischen Rechte nicht. — Dieses Erbgutsrecht der norddeutschen Handelsstädte hat seine alte Grundlage, die politische Bedeutung des Grundbesitzes, gänzlich verloren. Das Motiv seiner Beibehaltung ist nur das öconomische, den Vermögensbestand der Familie zu erhalten, die Lage der Nachkommen zu sichern und vor allem nicht durch letztwillige Liberalitäten ihr Ansehen in Gefahr zu stellen.

Eine gänzlich verschiedene Entwicklung nahm dagegen das sächsische Recht. Der Veräußerungsbeschränkung unterlagen nämlich nur Erbstammgüter, d. h. solche Grundstücke, die von den Großeltern oder noch entfernteren Ascendenten ererbt sind; [8] die Beschränkung selbst aber trat nur bei Geschäften unter Lebenden ein [9] und bestand in dem Retract bei Verkäufen [10] und der Revocation bei Schenkungen, [11] da diese ohne Einwilligung der Descendenten, welchen das Einspruchsrecht allein zukam, ungültig waren. Andere Verträge, als Kauf und Schenkung,

---

[7] Senatus Lubec. declar. authent. von 1754: Daß unter dem Erbgute, welches nach lübischem Recht bei dem Erbgang bleiben muß, alle unbewegliche und bewegliche, folglich auch die baar vorhandenen und ausstehenden Gelder — verstanden werden, auch dieses die tägliche Praxis seit undenklichen Jahren außer allen Widerspruch gesetzet.

[8] Const. elect. Saxon. 12. P. II: Weil dieser Text (Ssp. I, 52) saget, daß ohne derer Erben Erlaub keiner seine eigenen Erbstammgüter vergeben könne, so ist zu wissen, daß Stammgüther solche Güther seynd, welche der Donator nicht selbst acquiriret, — sondern die von seinen Vorfahren, als Großvater u. dgl. — ihren Ursprung haben.

[9] Letztwillige Verfügungen sind gestattet. Const. 11. P. II.

[10] Const. 31. P. II.

[11] Const. 12. P. II.

unterliegen dem Rechte der Veräußerungsbeschränkung nicht. Auch kann der Vater dem einen seiner Kinder sowohl durch Schenkung unter Lebenden, als von Todes wegen und durch letzten Willen einzelne Erbstammgüter vor seinen Geschwistern zuwenden.

Betrachtet man den Rechtszustand, wie ihn die Statuten von Stade enthalten, so gibt er noch das lebendigste Bild des alten Rechts.[12] Alle Veräußerungen von Erbgut sowohl

---

[12] Urtheil des Zelleschen Obertribunal über einen Erbschaftsstreit, der nach den Statuten der Stadt Stade vom J. 1279 zu entscheiden war; Entscheidung vom 20. Februar 1816. (Hagemanns prakt. Erört. VII. No. 35): Die Hauptsache selbst betreffend: Wenn gleich die angestellte Klage, soweit sie auf Annullation des von dem Aten mit seiner verstorbenen Ehefrau M. S. — aufgestellten testamenti reciproci, und auf die Ausantwortung und Theilung des gesammten von jener hinterlassenen Vermögens, in specie auch aller und jeder illatorum gerichtet ist, für rechtlich begründet nicht zu achten; angesehen, die in den unstreitig gültigen Stader Statuten zu Gunsten der Intestaterben enthaltenen Beschränkungen der freien testamentarischen Disposition dortiger Eheleute nicht ihr sämmtliches Vermögen, sondern nur einen bestimmten Theil desselben betreffen, und über das in der Ehe oder sonst gewonnene Vermögen nach Gefallen von ihnen disponirt werden mag. Nachdem jedoch nach bestimmter Vorschrift des §. 4 im ersten, §. 9 im zweiten und §. 2 im dritten Stück der Statuten, ohne der Intestarterben Erlaubniß willkürliche Dispositionen, es sei unter den Lebenden oder auf den Todesfall, über Erbgut durchaus untersagt sind; daher denn die Erblasserin nicht befugt gewesen, dem Anten als Mitintestaterben des Aten das an dem Erbgute competirende Erbfolgerecht durch andere letztwillige Verfügungen zu entziehen: Als wird der Anten Anspruch, insofern er die Ausantwortung ihrer gesetzlichen Erbtheile an der benannten Gattung des Nachlasses bezielt, als für wohlfundirt erkannt. Gleichwie jedoch in Zusammenhaltung der Statuten mit der Partheien Anführungen und Geständnissen der Begriff des hier streitigen Erbguts nur auf die der Erblasserin vor und während der Ehe ab intestato angefallnen und binnen der Stadtgerichtsbarkeit gelegenen Immobilien, sowie auf diejenigen liegenden Gründe zu beschränken ist, welche ihr zwar durch Testament zugewendet sind, die ihr jedoch auch ohne dieses ab intestato zugefallen seyn würden, mithin darunter auch die von ihrem Vater J. S. ererbten Grundstücke insoweit gehören, als solche von diesem bereits als Erbgut besessen sind; daher weder dasjenige, was die Erblasserin an Geschenken, oder sonst gewonnenem Gute, ererbten Mobilien, oder

unter Lebenden als auf den Todesfall bedürfen der Einwilligung der Intestaterben. Erbgut selbst ist jedes Grundstück, das in auffsteigender Linie mindestens zum andernmal sich vererbte. Wurde es dagegen durch Testament erworben, so fällt es nur dann unter diesen Begriff, wenn es auch ohne ein solches ab intestato angefallen sein würde. Es ist hier offenbar noch ganz die alte Anschauung herrschend, wonach aus einem Testamente etwas zu erben für ein lucratives Geschäft angesehen wurde. Noch immer wird auch das durch Aussteuer und Abschichtung erhaltene Gut als Erbgut betrachtet, da es nur Ersatz für den beim Todesfall des aussteuernden oder abschichtenden parens zufallenden Erbtheil bildet. Dagegen gilt das von einem Ehegatten auf den andern Vererbte nicht mehr als Erbgut, vielmehr ist die Statutarportion vom Rechte des Erben befreit, da regelmäßig, und so auch nach lübischem Recht von Zeit der Revision an, Erbgut nur ist, was von Blutsfreunden, wie das lübische Statut hinzusetzt in aufsteigender, niedersteigender und Seidtlinien, erworben ist.[13]

---

von ihrem weil. Vater selbst gewonnenen Immobilien, erblich eigen gehabt; noch die, wenn auch durch Erbgang auf sie transferirten, aber außerhalb des Stadeschen Gerichtszwangs belegenen, Grundstücke einen Gegenstand der Theilung ausmachen; so ist At behufs Darlegung des — im Nachlasse seiner weil. Ehefrau M. S. befindlichen Erbguts ein inventarium aufzustellen schuldig und — verbunden, dem Anten, als Mitintestaterben, gleichen Grades, von diesem Erbgute, und zwar insofern es ihm zu Anfang oder während der Ehe, es sei als Total- oder Paraphernalgut, inferirt ist, mit Vorabnahme der in computum portionis statutariae, ihm zu Folge des §. 9 des zweiten Stücks der Statuten gebührenden Hälfte, zwei Dritttheile der andern Hälfte; insofern es jedoch in die Ehe nicht inferirt ist, zwei Drittheile des Ganzen auszukehren verbunden. — — Dahingegen werden Anten mit ihrem Anspruche auf die Hälfte des übrigen Eingebrachten, weil die Erblasserin die nach dem mehrgedachten §. 9. den Anten sonst daran zustehende Mit-Intestaterbfolge durch Testament zu entziehen wohl befugt gewesen, ab und zur Ruhe verwiesen.

[13] Trummer, Hamb. Erbr. §. 66, will übrigens gegen den Commentator des hamburg. Rechts, Gries, den alten Rechtszustand aufrecht erhalten, indem er Alles zum Erbgut zählt, was „der Tod mit rechtlicher Nothwendigkeit zugeführt hat."

Im Institute der Erbgüter liegt der Rest der alten Berechtigung des nächsten Erben. Ohne Beimischung neuerer und Verschmelzung mit fremden Rechtsprincipien, wie sie zu dem Stammgut des Adels und den Familienfideicommissen hinzutraten, hat es aber auch sein Leben verloren. In ihm ruht kein Princip, das Stärke genug besäße, den nahenden Untergang abzuwenden.

§. 35.

III. Das adelige Stammgut.

Das alte zusammenbrechende Stammgutssystem hat durch Vereinigung seines Princips mit demjenigen der Bevorzugung des Mannsstammes im Erbrecht zwei neue Institute erzeugt: die adeligen Stammgüter und das Familienfideicommiß. Beide stehen jedoch zu dem alten Rechte weniger in directer Beziehung, als das bürgerliche Erbgut, das nur einen Ueberrest desselben bildet sondern sind vielmehr durch neue Principien getragene Rechtsproductionen, deren Zusammenhang mit dem Stammgutssysteme des Mittelalters nur auf der Veräußerungsbeschränkung des Eigenthümers eines Stammguts oder Fideicommisses beruht, welche selbst wieder bei beiden Instituten je nach ihrer Quelle einen ganz verschiedenen Charakter trägt.

Die Quelle des adeligen Stammguts nämlich ist das Herkommen. Denn Stammgüter sind diejenigen Güter des hohen und niedern Adels, bei denen sich gewohnheitsrechtlich das Recht des nächsten Erben in der Art erhalten hat, daß den Söhnen ein Revocationsrecht, den zur Zeit der Veräußerung lebenden Agnaten ein Retract eingeräumt wird.[1] (Gerber, System §. 82.)

---

[1] Man vergleiche zu §. 35 und §. 36 insbesondere: Reyscher in der Zeitschr. für deutsch. Recht, Bd. 6. S. 257 ff. und Bd. 15. S. 1 ff. — Beseler, die Lehre von den Erbverträgen, 2. Theil. — s. Bremisches Ritterrecht vom J. 1577, bestätigt 1738: Tit. XIV. Von Kauffen und Verkauffen der Erbgüter und näher Geltung. §. 1. Niemand mag sein Erbstammgut ohne der nächsten Erben und Schwertmagen

Stammgüter sind also die von den Vorfahren **ererbten** Güter, seien sie dies, wie einige Rechte [2] bestimmen, schon durch einmaligen Erbgang oder erst durch wiederholte Vererbung von entferntern Ascendenten her. [3] Das Charakteristische des

---

Willen, Consens und Wissen, vergeben, verkauffen, vel quovis alio titulo verändern. Tit. V. Von Mitgift, Ehegeld oder Brautschatz, und desselben Verbesserung. §. 1. — So ist doch nach Landläuffigem Gebrauche und Gewohnheit dieses Erzstiffts — hergebracht, daß die Frauen neben und mit dem Leibgedinge auch ihre Mitgift und Brautschatz sammt des dritten Theils Verbesserung wiederum abgefolgt und erstattet werden, dabey es ferner auch also verbleiben soll. §. 3. — Wolte aber Jemand seiner ehelichen Hausfrauen mehr als den dritten Pfennig zur Verbesserung ihres Brautschatzes aus seinen Stammgütern verschreiben, das müste mit Wissen und Willen der nächsten Stammerben geschehen, anders wären dieselben, über solchen angeregten dritten Pfennig nicht gehalten noch verbunden; Jedoch, so einer Webdeschatz, oder andere selbst gewonnene Güter hätte, deren mag er seiner Hausfrauen für sich selbst woll so viel verschreiben, als er will, und dasselbige soll ihr in solchem Falle auch festiglich gehalten und gefolget werden. Tit. XII. Von Testamenten und wieweit sich solche erstrecken und kräftig seyn ꝛc. §. 1. So eyner bei gesundem Leibe, oder in seinem Letzten, bei guter Vernunft, ein beständig Testament gemacht und aufgerichtet hätte, dasselbige soll bei Würden und Macht gehalten werden, doch soweit und ferne, daß darin keine Erbstammgüter, so vom Großvater herkommen, den nechsten Erben und Schwertmagen entwendet und vergeben werden: denn woferne dasselbige geschehe, soll solches zu Rechte kraftlos und unbündig seyn, aber von seinen wohlgewonnenen Gütern beweg- und unbeweglichen, mag ein jeder in seinem Testament, oder sonst, verordnen und solche Güter hinwenden und kehren, wohin er will. — Geldernsches Landrecht III, 6. §. 2. (Maurenbrecher, Rheinpreuß. Landr. II, S. 479): Stock- und Stammgüter können durch letzten Willen nicht belastet werden. Übrigens ist adligen Eltern eine letztwillige Vertheilung der Erbgüter unter ihren Kindern gestattet. L. c. Abth. 5. Maer soo veel d' Adelycke persoonen aenlanght, wanneer d' Alderen der selver in vollen Ehebedde en Erfdeelinge turschen hun kinderen met goede voorbedacht igheyt hebben opgericht, sullen alsdan die kinderen met alsulke Erfdeelinge te vreden moeten zyn, ende hun laeten genegen, in soo verre die de voorige Hylicx verschryvinge niet te weder en is, volgende verscheydene verklaeringen by de Riddershap op diversche Quartiersdagen gedaen.

[2] z. B. Churcöln. Landr. VI, §. 5 (Maurenbrecher l. c. S. 410. Note 38).

[3] Dieß fordert z. B. das bremische Ritterrecht.

adeligen Stammguts gegenüber dem Erbgut besteht aber darin, daß es nur den Söhnen hinterlassen werden muß, die Töchter dagegen von ihm ausgeschlossen bleiben. Es liegen demnach in seinem Wesen zwei Principien vereinigt: die Bevorzugung des Mannsstammes bei der Succession und die Beschränkung der Veräußerungsbefugniß des Eigenthümers.

Nur letzteres Princip ist dem alten Stammgutssystem eigenthümlich und der Rest desselben; die Succession der Männer dagegen mit Ausschluß des weiblichen Theiles der Familie ist das Erzeugniß des neueren Adelsrechtes, dessen Ursprung erst im XV. Jahrhundert zu suchen ist, nicht ein Gedanke, der dem deutschen Rechte jemals vollkommen zu Grunde gelegen hätte. Nicht einmal die Mehrzahl der alten Völkergesetze kennt einen Rechtssatz, der die Frauen vom Grundeigenthum ausgeschlossen hätte, und kein einziges weiß etwas von einer allgemeinen Successionsunfähigkeit derselben. Nur eine Bevorzugung der Männer, die bald mehr bald weniger ausgedehnt ist, findet sich in ihnen. Die alte L. Sal. tit. LIX. De alodis (Ausg. von Merkel) bestimmt, daß in der Erbschaft zuerst die Söhne folgen sollen: si (mortuus) filios non dimiserit si mater sua superfuerit, ipsa in hereditatem succedat; auf die Mutter folgen die Geschwister männlichen wie weiblichen Geschlechts neben einander; existiren aber keine, so succedirt die Mutterschwester, et inde de illis generacionibus quicumque proximior fuerit ille in hereditatem succedat. De terra vero nulla in muliere hereditas est sed ad virilem sexum qui fratres fuerint tota terra perteneat. Hiernach haben also die Frauen sogar noch einen Vorzug vor den Männern, soweit die Erbschaft nicht aus Grundeigenthum besteht, indem die Mutterschwester entfernteren Seitenverwandten vorgeht. Das Land aber soll den Söhnen zufallen, wobei die Beschaffenheit des Grundbesitzes selbst, ob Stammgut oder nicht, keinen Unterschied macht. Will man unter filii in §. 1 die Töchter mit befassen, so erben sie den Nachlaß mit Ausnahme des Grundbesitzes neben den Söhnen, wie die Brüder neben den Schwestern. — Anders bestimmen spätere Texte die

Successionsordnung. Zuerst erben die filii, dann pater[4] und mater; auf die Ascendenten ersten Grades folgen die Geschwister neben einander, dann die Mutterschwester, auf diese die Vaterschwester, oder umgekehrt; und endlich succedant proximiores de p a t e r n o genere. Die Successionsfähigkeit der Männer in Bezug auf das Grundeigenthum wird auf die terra salica beschränkt, dagegen dem ganzen Mannsstamme ein Vorzug eingeräumt.[5] Hiernach kennt das jüngere salische Recht ein Stammgut, wie es sich auch in neuester Zeit für den Kreis des Adels wieder gebildet hat, mit Ausschluß nämlich der Töchter und mit beschränkter Veräußerungsbefugniß des Eigenthümers. Davon aber, daß die Töchter successionsunfähig gewesen, findet sich keine Spur; sie succedirten sogar im Landbesitz, wenn dieser kein ererbter war. Begreift man unter filii die Töchter mit, so succedirten Söhne und Töchter, Brüder und Schwestern neben einander und der Vorzug der Männer begann erst in den ferneren Graden. — Mit dem salfränkischen stimmt auch das r i p u a r i s c h e Recht tit. XVI. de alodibus überein. Denn vor allen andern Verwandten erben die liberi, also Söhne und Töchter, dann pater et mater, ihnen folgen frater et soror, sodann soror matris patrisque. Et deinceps usque ad quintum genuculum, qui proximus fuerit, hereditatem succedat. Sed cum virilis sexus extiterit, femina in hereditatem aviaticam non succedat. Wie nach dem jüngern salischen Recht erbt der Mannsstamm denjenigen Grundbesitz, den der Erblasser selbst ererbt hatte; in das übrige Vermögen aber succedirt die weibliche Verwandtschaft neben ihm gleichberechtigt. — Im Gegensatze zum fränkischen Rechte kennt das s ä c h s i s c h e diesen Vorzug des g e s a m m t e n Mannsstammes nicht. Vielmehr tritt vor allen andern Descendenten der Sohn oder vermöge Repräsentationsrechts der Enkel in den ganzen Nachlaß ein.[6]

---

[4] Dieser fehlt in der alten lex, wohl, — wie man mit Waitz annehmen kann, — weil „man es für unmöglich ansah, daß der Sohn bei Lebzeiten des Vaters zu vererbendes Gut besitzen könne."

[5] s. M e r k e l s lex salica, Novellae S. 72, S. 81 und 89.

[6] L. S a x. VII. §. 1. Pater aut mater defuncti filio, non filiae,

Sind aber keine Söhne vorhanden, so succediren die Töchter in die sämmtliche Hinterlassenschaft, also auch in die Grundstücke.[7] Auch diesem Volksrecht ist demnach irgend eine ausschließliche Bevorzugung des Mannsstammes fremd, indem es vor allen entfernteren männlichen Verwandten die Töchter sogleich nach den Söhnen succediren läßt. — Dem sächsischen gleichen die Rechte der meisten übrigen Volksstämme. So bestimmt das burgundische Gesetz,[8] ganz wie das sächsische, daß sowohl in der väterlichen als mütterlichen Hinterlassenschaft die Tochter nur dem Sohne nachstehe, und eben so schließt sich das alamannische[9] demselben an, indem es nach den Söhnen die Töchter auch in das Grundeigenthum succediren läßt. Mit Recht stellt man das bayerische Volksrecht dem alamannischen gleich und behauptet nur einen Vorzug der Söhne vor den Töchtern. Denn hierfür spricht die Verwandtschaft beider Gesetze, ferner der gesetzliche Anspruch auf Abfindung gerade der Söhne gegen Schenkungen an die Kirche (s. §. 8), endlich Andeutun-

---

haereditatem relinquit. §. 8. Qui filiam ac filium habuerit, et filius uxore ducta, filium genuerit, et mortuus fuerit, haereditas patris ad filium filii, id est, nepotem, non ad filiam pertineat.

[7] eod. §. 5. Qui defunctus non filios, sed filias reliquerit, ad eas omnis haereditas pertineat, tutela vero earum, fratri, vel proximo paterni generis deputetur.

[8] XIV, 1. Inter Burgundiones id volumus custodiri, ut si quis filium non reliquerit, in loco filii filia in patris matrisque haereditate succedat. Uebrigens deutet doch Art. LIII. auf gewiße Vorzüge der propinqui ex paterno genere, wie sie nach älterem Rechte bestanden haben mochten. Art. LI., 3. bestimmt die Succession der Töchter in die Gerade.

[9] LVII. (LVIII.) Si autem duae sorores absque fratre relictae post mortem patris fuerint, et ad ipsas hereditas paterna pertingat, et una nupserit sibi coaequali libero, alia autem nupserit aut colono Regis aut colono Ecclesiae, illa quae illi libero nupsit sibi coaequali, teneat terram patris earum. Res autem alias aequaliter dividant. Illa enim quae illo colono nupsit, non intret in portionem terrae, quia sibi coaequali non nupsit. Das Princip der letztern Bestimmung liegt offenbar im alten Stammgutssystem, da ohne Einwilligung des nächsten Erben, hier der Schwester, durch Eigenbegabung in Folge der Heirath der Grundbesitz der Familiensuccession nicht entzogen werden sollte.

gen des Gesetzes [10] selbst. Ganz bestimmt enthält den sächsischen Grundsatz auch das longobardische Recht [11] und selbst aus dem friesischen Rechtsbuche, [12] welches Sohn und Tochter, Vater und Mutter, Bruder und Schwester neben einander nennt, läßt sich schließen, daß die Frauen den Männern im Erbrechte wenigstens nicht weiter nachstanden, als dies nach sächsischem Rechte der Fall war, jedenfalls aber nicht successionsunfähig waren. — Am freiesten gestaltete sich seinem ganzen Entwicklungsgange gemäß das westgothische Recht; [13] am strengsten dagegen verfährt das thüringische Gesetz, [14] nach welchem der Sohn die Tochter von der gesammten Erbschaft, und der Mannsstamm die weiblichen Familienglieder bis zur fünften Generation vom Grundeigenthum ausschließt. Dieses Recht ist nun zwar strenger als das neuere fränkische, welches die ausschließliche Succession des Mannsstammes auf ererbten Grundbesitz beschränkt; strenger, als das ältere und neuere salfrän-

[10] Tit. XIV. c. VIII. §. 1: Ut fratres hereditatem patris aequaliter dividant. c. VI. De viduis si post mortem mariti in viduitate permanet aequalem inter filios suos, id est, qualem unus ex filiis, usufructuario habeat portionem. C. LX, §. 1. De eo qui sine filiis et filiabus mortuus est, mulier accipiat portionem suam, dum viduitatem custodierit — Stellen, in welchen, nachdem schon im Vorausgehenden sämmtliche Bestimmungen über Abtheilung mit der Wittwe unter Beziehung auf die Söhne besprochen sind, nun noch beiläufig auch der Töchter Erwähnung geschieht.

[11] L. L. Langob. Luitpr. I, 1.

[12] L. Fris. XIX, 2.

[13] lib. IV, tit. II. §. 1. Si pater vel mater intestati discesserint, tunc sorores cum fratribus in omni parentum facultate, absque alio objectu, aequali divisione succedant. IV, II. 9. Foeminae ad hereditatem patris vel matris, avorum vel aviarum, tam paternorum quam maternarum, ad hereditatem fratrum vel sororum, sive ad has hereditates, quae a patruo vel a filio patrui, fratris etiam filio vel sororis relinquuntur, aequaliter cum fratribus veniant.

[14] VI, 1. Hereditatem defuncti filius, non filia suscipiat. Si filium non habuit qui defunctus est, ad filiam pecunia et mancipia, terra vero ad proximum paternae generationis consanguineum pertineat. 8. Usque ad quintam generationem paterna generatio succedat. Post quintam autem filia ex toto, sive de patris sive matris parte, in hereditatem succedat, et tunc demum hereditas ad fusum a lancea transeat.

kische, welches in die übrige Hinterlassenschaft mit Ausnahme der Immobilien Söhne und Töchter neben einander succediren läßt. Allein auch nach ihm erben über die fünfte Generation hinaus die Frauen an dem gesammten Nachlaß mit.

Demnach findet die Behauptung, die Töchter hätten kein Successionserbrecht oder wenigstens nicht in Beziehung auf Grundeigenthum gehabt, durch die Volksrechte keine Unterstützung. Aber eben so wenig durch das Recht des Mittelalters; denn der Sachsenspiegel[15] kennt nur den Vorzug des Mannsstammes in den ersten zwei Parentelen, so daß die Söhne und Enkel aus vorverstorbenen Söhnen die Töchter, der Vater die Mutter und der Bruder die Schwester von der sämmtlichen Hinterlassenschaft ausschließt. Jedoch schon in den ferneren Graden dieser beiden Parentelen erben die Frauen neben den Männern. Zur völligen Gleichstellung beider Geschlechter machte der Schwabenspiegel[16] den Uebergang, indem er nur hinsichtlich des ansedel da er (der Vater) uffe saz, also des Stammsitzes, einen Vorzug der Söhne vor den Töchtern anerkennt. War kein Ansedel da, so erbten Söhne und Töchter ganz nach gleichem Rechte. Die späteren Rechtsquellen endlich geben Söhnen und Töchtern, wie überhaupt beiden Geschlechtern, dieselben Successionsrechte.[17]

---

[15] I, 17. §. 1: Stirft die man ane kint, sin vader nimt sin erve; ne hevet he des vader nicht, it nimt sin muder mit mereme rechte, dan sin bruder. Vader unde muder, süster unde bruder erve nimt de sone unde nicht de dochter; it ne si dat dar nen sone ne si, so nimt it de dochter. — Sven aver en erve versüsteret unde verbruderet, alle de sik gelike etc. — Ueber das Hantgemal cfr. §. 30. N. 11.

[16] Cap. 148: Unde stirbet ein man der lat sune und tohter hinder im. und eigen. da er niht mite geschaffet hat. diu kint sin uz gestiuret oder nit. si suln daz eigen samt teilen und also swaz den kinden vor uz gegeben ist. daz suln si werfen zu anderm gute daz da ist. ez si vaernde gut oder ander gut daz suln si geliche teiln. — und ist ein ansidel da da der vater uffe saz. und lat er einen sun oder mere sune hinder im. unde tohter die niht uz gestiuret sint. die sune besitzent das ansidel mit reht fur die tohter. und ist niht anders da wan daz ansidel. so stet ez an der bruder genaden waz (sie) der swester geben.

[17] Glosse zum Sachsensp. I, 17: Die tochter nympt zu unserer

Dieser Gang der Rechtsentwicklung äußerte besonders nachtheilige Folgen in der adeligen Familie. Denn der Adel, der damalige Herrenstand, hatte das Streben nach politischer Unabhängigkeit und Selbständigkeit in sich aufgenommen, das ihn nach dem Ziele der Landeshoheit trieb. In den Städten dagegen entwickelte sich das bürgerliche Element. Es heben sich Handel und Gewerbe, der Werth der Fahrhabe steigt, zahlreichere Verbindungen fördern die Sitten, mit den mannigfaltiger sich gestaltenden Lebensverhältnissen bildet auch das Recht, seinen alten Charakter ablegend, sich zu größerer Milde. Bald gewinnen im Erbrechte die Frauen vollkommene Gleichstellung mit den Männern. Dieser Entwicklung vermochte auch der Herrenstand nicht zu widerstehen. Seine Töchter succedirten nicht blos vor den Agnaten, sondern theilten sich zuweilen auch mit den Söhnen in die Erbgüter der Familie.[18] Wo nicht wie am Niederrhein das alte Recht fortdauerte, konnten nur durch freie Rechtshandlungen des Adels und durch Töchterverzichte Glanz und Ehre seiner Familien aufrecht erhalten werden. Ein unterstützendes Moment bildete hierbei das Lehenrecht, nach welchem der Mannsstamm allein successionsfähig war; denn die Gesetzgebung ruhte in dieser Periode. So erzeugte sich mit dem Untergange des alten Vorzugs der Söhne vor den Töchtern ein besonderes Recht des Adels, das sich auf seine Familien- und Erbverhältnisse

---

Zeit zugleich Erbe mit dem Sohne. — Goslar. Stat. 2, 2: Söne und döchtere siut like na, erve to nemende. — Magdeb. Recht von 1304. Art 29: Hat ein man kindere, beide sune und tochtere, — daz eigen und daz gereite gut teilen sie gliche, — daz lehn nemen die knechte bevor. — Verm. Sachsensp. I, 6. 1. — Eis. Rechtsb. I, 6: Son und tohter sin glich an erbe zcu nemen. — Sächs. Weichb. 222. §. 1: Eyn Itzlich kint is sey sun ader tochter, Das nimmet erbe vor Vatir und vor muttir, vor schwester und vor bruder. — confr. Kl. Kaiserr. II, 70. — Aurea bulla Bern. a. 1248. Art. 41.

[18] Heirathsvertrag der Tochter König Philipps mit dem Herzog Heinrich von Brabant (1207): et illa filia succedet in hereditatem paternam cum aliis filiabus Domini regis, secundum jus et consuetudinem Theutoniae. tunc·., X. S. 486.)

bezog und dazu diente, die neuere Rechtsentwicklung von ihnen abzuhalten. Diesen Zweck suchte man durch Erbverzichte oder Hausgesetze zu erreichen. Abschichtungen aus der Erbschaft und Verzichte auf dieselbe, die sich schon in früheren Zeiten [19] finden, bildeten die Form, deren man sich zum Schutze gegen das neue gemeine Landrecht bediente, wie es im südlichen Deutschland durch den Schwabenspiegel und das Rechtsbuch Ruprechts von Freysing, in den fränkischen Gegenden durch das Kaiserrecht, im Norden durch das schlesische Landrecht und den vermehrten Sachsenspiegel sich mehr und mehr ausbreitete. Mit dem XIV. Jahrhundert werden daher die Erbverzichte der adeligen Töchter immer häufiger. Sie waren einerseits durchaus nöthig, wollte man der Tochter das Erbrecht entziehen, andererseits aber noch durchaus freiwillig.

Diese Entwicklung des Herrenstandes spiegelte sich in der Ritterschaft, als sie seit dem XV. Jahrhundert sich zu dem eigenen Stande des niedern Adels gestaltete. Die Sorge, den Glanz des Geschlechts zu erhalten, und der Wetteifer, Verhältnisse des Herrenstandes nachzuahmen, beförderten die Aufnahme der Mittel, durch welche sich dieser sicherte.

Als seit dem Sturze der deutschen Gerichtsverfassung in der zweiten Hälfte des XV. Jahrhunderts das römische Recht in den Gerichtsstätten sich festsetzte, war die Bildung des Adelsrechtes schon vollendet und jenes, statt zerstörenden Einfluß zu äußern, diente nur dazu, sich des eigenen Rechtes um so bewußter zu werden und darauf zu dringen, theils durch Landesgesetze, theils durch Hausverträge festzustellen und auszusprechen, was durch Gewohnheit schon Rechtens geworden war. [20] Beim niedern Adel konnten nur durch Landesgesetz

---

[19] conf. L. Baiuv. I, 1. — L. Burg. I, 1. — Sachsensp. I, 13. §. 1.

[20] S. z. B. Jülisches Landrecht von 1537. c. 29, 1. Item wann eier eyner von der Ritterschaften inner furstendomp Guylich afflivich wyrdt und kinder achter liest, so nympt der altste Son den Ansedell vor nyß — und alsdann fortan deyllen sy alle Erbschaften und Guyter gelich als bröeder und suster. Hierin wiederholt sich, was der Schwsp. einstens als

oder Gewohnheitsrecht die Töchter den Söhnen oder Stammesvettern nachgestellt werden. Größere Sicherheit bot es jeden=

---

gemeines Landrecht ausgesprochen hatte. -- Bremisches Ritterrecht I. §. 1: Wann einer von Adel verstirbet, der fället nach altem löblichem Herkommen dieses Erzstifts Bremen alle seine Erbstammgüter auf seine männlichen Leibeserben und in Mangel deren auf seine Brüder, Brüdersöhne oder sonsten auf die nächsten Agnaten — ungeachtet, daß von der Spillseiten nähere Cognaten — vorhanden seyn; Im Fall aber keine Vettern von der Schwerdtseiten vorhanden, sollen die nächsten von der Spillseiten zu der Erbschaft zugelassen werden. Tit. II. Es sollen des verstorbenen Söhne, so das Erbstammerbgut vorausnehmen, ihre Schwestern davone nach Landläuffiger Uebung und Gebrauch — unterhalten und versorgen. — Jülich=Bergisches L. R. v. 1555. c. 94. §. 2. Und wie wohl die Vorwort und Gedinge den Heyrathsverschreibungen einverleibt, daß die Töchter mit einem bestimpten Pfennig oder sicherer Erbschafft außbestadt, und dadurch von dem Erbfall der elterlichen Güter außgeschlossen seyn sollen, nach Ordnung der gemeinen beschriebenen Rechten krafftloß und unbeständig seyn; jedoch dieweil von alters her in unsern Fürstenthumben G. und B., sonderlich aber unter denen von der Ritterschafft, damit die Stämme unterhalten werden möchten, dermassen löblich hergebracht, daß die Töchter mit ihrem empfangenen Heyrathsgut begnügig seyn, und weiters keinen Zugang zu den elterlichen Erbgütern haben sollen; — so sollen solche Heyrathsverschreibungen festiglich — gehalten — werden. §. 3. Und darumb obgleich die Töchter — keinen Außgang gethan und nach Absterben der Eltern — urbietig wären, ihre empfangene Heyrathsgüter wieder einzubringen, so sollen sie doch zu den elterlichen Gütern keinen Zugang haben, sondern davon gänzlich und zumahlen ausgeschlossen seyn, es wäre dann Sach, daß die Gebrüder — ohne Leibserben mit Todt abgangen wären. — Brem. Ritterr. Tit. I. §. III. Wären auch die Kindere, Söhne oder Töchtere, welche bey Leben der Eltern berathen, so demnach nach Absterben der Eltern, sie oder ihre Kinder, was sie empfangen, wiederum einbringen, oder sonst an ihrem Antheil sich abziehen oder kürzen lassen wollten; so sollen dieselben zu den übrigen Gütern, neben den unberathenen Kindern, gestattet und zugelassen werden, doch, daß unter Erb= und Stammgütern die verstanden werden, die nicht von Eltern allein, sondern von Großvätern, herkommen und zum wenigsten einmahl auf das Schwert vererbet seyn. — Churcölnische R. O. von 1663. Tit. VI, §. 1. Demnach die gesammte Ritterschaft dieses unsers Erzstifts auf gemeine Landtagsversammlung Uns zu erkennen gegeben, daß von Alters zwar sowohl in hiesigem Erzstift, als andern benachbarten Landen im Brauch gewesen, daß zu Erhaltung der adlichen Familien, Stammens und Namens dem ältesten Sohn das also genanntes

falls, wenn die hergebrachte Gewohnheit des niedern Adels gesetzlich bestätigt war, da ihm die Freiheit zu Rechtshandlungen, die der hohe und ritterschaftliche reichsunmittelbare Adel besaß, mangelte, ein gewöhnlicher Erbverzicht aber für die Descendenz der verzichtenden Tochter dann nicht gewirkt hätte, wenn nicht das Dasein eines Gewohnheitsrechtes [21] diese Wirkung erzeugte. Am schnellsten schützte sich der reichsständische [22] Adel, indem er durch Hausgesetze oder Familienverträge das Successionsrecht der Frauen entweder ganz oder bis auf den ledigen Anfall aufhob.

---

abeliches Vortheil vorab ausgefolgt, wie auch den Töchtern eine Summe Gelds zur Aussteuerung und Heirathsgut gegen Verzich der elterlichen Verlassenschaft mitgegeben werden, so aber eine Zeithero von etlichen zum Verderb und Untergang der Ritterschaft in Streit gezogen werden wollen. — — Und dann wir solches der Billigkeit, auch anderer benachbarter Landen Gewohnheit gemäß befinden, so setzen — Wir hiermit: Erstlich, daß hinführo besagter, von der Ritterschaft Töchter, wann Söhne vorhanden, einen sichern Pfenning oder Stück von der Erbschaft für Heirathsgut von den Eltern oder Brüdern anzunehmen und damit sich begnügen zu lassen, schuldig seyn, und zu den elterlichen Erbgütern ferner und zumal keinen Zugang noch Ansprach haben, sondern davon ausgeschlossen seyn und bleiben sollen. — Andere Landesgesetze hat Neurath, Regredienterbschaft §. 45—48 gesammelt. — Cfr. cod. Max. Bav. III, 11. §. 7. 8. — Ref. Lands O. für Tyrol von 1573. III, 34.

[21] Pütter theilt in seinen Beiträgen zum Staats- und Fürstenrecht. II, 39. einen Rechtsstreit vom Jahre 1589 über das Bestehen einer derartigen Gewohnheit bei der Ritterschaft des Stifts Osnabrück mit.

[22] S. Erbeinigung der Grafen von Öttingen a. 1410 (Lünig, R. A. X, 625 und 637): Zu Aufenthalt und Langwerung unserer Grafschaft Namen und Stammen haben wir uns mit einem geeint und vertragen, ob wir ein oder mehr Tochter überkommen, daß die, alldieweil ehelich Grafen unseres Namens und Stammens im Lehen seynd, kein unserer Grafschaft, Herrschaft, Städt, Schloß, Leuth und Guth erben, noch derselben pfähig und empfänglich sindt, sondern sie sollen zimblich und erbarlich, als solchen Gräfinin gebührt, hintangewiesen und versehen werden. — Familienvertrag von Hohenlohe-Neuenstein vom Jahr 1609: Aber so kein Graf Hohenloh oder unser Posterität im weltlichen Stand mehr am Leben wäre, sollen die Töchter alsdann zu aller vollkommnen gebürenden Erbschaft zugelassen werden, auch auf solchen Fall — der andern zuvor verstorbenen Grafen von Hohenlohe Töchtere, so dem Mannsstamm zum Besten bis auf den ledigen Anfall Verzicht gethan, sowohl als derselben Leibeserben, soweit ihnen die gemeine beschriebene Rechte Landgebrauch oder Gewohnheit solches zugeben, ihren gebührenden Regreß zu suchen haben. — Cfr. Neurath, Regredienterbschaft §. 28—44.

Die unmittelbare Reichsritterschaft endlich half sich durch Statute oder Familienobservanz.[23]

Der Umfang des Verzichts ist übrigens sehr verschiedener Natur. Regelmäßig verzichten die Töchter zu Gunsten der Söhne, oft aber auch des ganzen Mannsstammes, bald auf die väterliche Erbschaft, bald auch auf die mütterliche oder brüderliche oder schwesterliche. Eben so weichen die Statuten von einander ab, indem die einen den Verzicht trotz der gesetzlichen Normirung entweder als eine Formalität vorschreiben,[24] oder als wirkliche Abfertigung. Im letzten Falle wird also noch ein Erbrecht der Töchter anerkannt, im entgegengesetzten werden sie davon ausgeschlossen. Andere Statuten stellen die Töchter nicht blos den Söhnen sondern selbst entfernteren Agnaten nach, soweit der Nachlaß aus Erbstammgütern besteht,[25] während wieder andere ihnen nur die väterliche Erbschaft entziehen.[26]

So hat sich denn ein Vorzug des Mannsstammes hinsichtlich der Succession in Stammgüter des Adels entwickelt. Durch Gewohnheitsrecht innerhalb der adeligen Familien einerseits, sowie andererseits durch die Gesetzgebung wurde der Ausschluß der Tochter zur Rechtsnorm,[27] jeder Erbverzicht zum Scheingeschäft, das Stammgut des Adels selbst aber, in dessen Begriffe schon als Gut des Stammes die Bevorzugung der männlichen Succession liegt, ausreichend gesichert. Der Gebrauch eines Erbverzichts ist daher nur Cautel, soweit er sich auf das Stammgut erstreckt; juristische Wirksamkeit erhält er erst dann, wenn er sich auch auf solche Theile der

---

23 Vereinbarung der Reichsritterschaft am Neckar, Schwarzwald und Ortenau von 1701. (Lünig, corp. jur. feud. I, 1227.)

24 So der cod. Max. Bav., l. c.

25 S. Bremisches Ritterrecht l. c.

26 S. Bestätigtes Herkommen der Osnabrücker Ritterschaft vom J. 1778. (Möser, Phantasieen IV, 53 und 54.)

27 Dieser Ausschluß enthält keine Rechtserzeugung durch Autonomie u. dgl., sondern folgt aus dem Rechtsinstitute des adeligen Stammguts. S. Gerber, über den Begriff der Autonomie im Archiv für civil. Praxis, Bd. 37. S. 35 ff. (1854); und System, 5. Aufl. §. 29.

Hinterlassenschaft bezieht, hinsichtlich deren die Tochter successionsfähig ist. Aus dem Verzicht aber läßt sich kein Rückschluß auf Stammgutsqualität machen.

Der Untergang des Stammgutssystems schreibt sich schon aus dem Ende des XIV. Jahrhunderts her, seit allmälig von allen Seiten, besonders aber in den Städten, Angriffe gegen dasselbe erfolgten. Abgesehen von jener Beschränkung des Einspruchsrechtes, wonach es nur bei Veräußerungen von Erbeigen und nur der Descendenz zustand, verlor es sich meistens in den Retract; ja in manchen Rechten, z. B. dem Nürnberger Stadtrecht vom J. 1484, wird auch dieser nicht mehr anerkannt. Mit der Aufnahme des römischen Rechts, welches die eingeschlagene Richtung förderte, verlor sich das Einspruchsrecht als gemeinrechtliches Institut. Wie es aber in einigen Städten unter Modificationen beibehalten worden war (s. §. 34), so mußte besonders der Adel ein Interesse haben, sich desselben zu bedienen, um sein Streben, das Vermögen der Familie zu erhalten, zu befriedigen. Beim hohen Adel wurde es daher durch Familienherkommen und Hausgesetze, beim niedern durch Landesgesetze und Gewohnheit festgehalten. Die Reichsritterschaft unterließ überdies nie, in ihren Statuten und Privilegien sich das Recht der nächsten Verwandten und Agnaten gewöhnlich als Retract sichern zu lassen.

So räumt in einem Familienvertrag vom J. 1351 der Graf zu Sayn unter Beiziehung seiner Frau und seines ältesten Sohnes, sollte er sein „Huiß Sayne umbe rechte Noth versetzen oder verkeuffen", seinem Neffen Gottfried von Sayne den Vorkauf binnen eines halben Jahres ein. Dasselbe geschieht von ihm ebenfalls unter Beiziehung seiner Frau und seines ältesten Sohnes im Jahre 1357 gegen einen andern Agnaten.[28] Es spricht sich hierin deutlich das Bestreben aus,

[28] S. Lünig, Sp. sec. II. S. 989. — Richtung und Satzung der Herren Eberhard, Heinrich und Johann zu Ysenburg a. 1371 (Lünig, Sp. sec. II. S. 1591): Wir Eberhard von Ysenburg — erkennen — mit allen unsern Erben — daß eine Richtunge — beredt — ist zwischen uns und unsern Erben uf unserer Seithen und dem Edlen unserm

unter Beibehaltung der alten Rechtsgrundsätze und mit Benützung der neu entstandenen der Familie den Grundbesitz zu erhalten. Man fühlte sich durch das Einspruchsrecht des nächsten Erben nicht mehr hinlänglich geschützt, weil dieses Rechtsinstitut selbst im Sinken begriffen war, und zog den bereits aus dem Untergange des alten Stammgutssystems erzeugten Retract herbei, um unter Beibehaltung des Einspruchsrechtes auch ferneren Verwandten ein Anrecht am Gute der Familie zu verschaffen, das sie seither neben den nächsten Erben nicht besessen hatten.[29] In zahlreichen Urkunden findet sich diese Retractseinräumung im Fall einer Veräußerung und es konnte nicht fehlen, sie neben dem Consens des nächsten Erben auch in Landesgesetzen anerkannt zu finden.[30] Mit diesen Grundsätzen des Stamm-

---

lieben Vettern Heinrich von Ysenburg und Johannen unserm lieben Neven seinem Sohn, und allen ihren Erben. — Wir obgenante Parthien noch keiner unser Erben sollen unser ehegenante Erbenguth nimmermehr in keines Fürsten Gewalt mit Verkauff, mit Versatz, mit Gabe, noch mit keinerley andern Sachen wenden, wie die geseyn möchten, sonder Verhengknuß und guten Willen der Andern.

[29] So ist selbst noch der Familienvertrag der Grafen Philipp und Johann Ludwig zu Nassau a. 1491. (Lünig, Sp. sec. I, 645) aufzufassen: Wir Philips und Ludwig syn Einckel an eynem, und wir Johann Ludwig am andern Theile, alle Graven zu Nassave und Sarbrucken, thun kunt — für unß, unßer Erben und Nachkommen, daß wir — unserm Stame, Namen, Graveschafft und Herrschaft zu löblichem — Wesen 2c. Wir Graffen obgemelt und unsere Erben sollen und wollen auch unser Schlosse, Stete, Pletze, Dörfer und ander unser mergliche Gutter und Renthe gewerlich nicht vereußern oder in Ewigkeit entpfremden, aber zur Notturft und Nutzes unser und unserer Herrschaft wollen wir deßhalb unverdingt syn und uff Wiederlösung zu verschryben Macht haben, solch Losung wir und unser Erben alzyt beden Stemmen vorbehalten sollen, und auch ob sich der Fall also begebe, so soll eyn Stamm dem andern solches zuvor anpietten und der Pfantschaft vor andern gönnen.

[30] Cfr. Brem. Ritterr. XIV. §. 1 (den Anfang s. oben Note 1). — So aber Jemand seine Stammgüter ganz oder eines Theils verkaufen wollte — was er aber (nach dem Anfang der Stelle) nur kann „unter Consens und Wissen der nechsten Erben und Schwertmagen; — so soll er dieselbigen am ersten seinen nechsten Stamm-Vettern anzubieten und woferne ihrer einer oder mehr mit ihm darum handeln wolten, ihnen alsdann um einen Land-

gutssystems der älteren Zeit blieben aber auch diejenigen über echte Noth in Geltung, weshalb das Stammgut dieser Art den Gläubigern eben so verhaftet ist, wie das bürgerliche Erbgut.

§. 36.
IV. Familienfideicommisse.

Das Familienfideicommiß ist nicht ein Erzeugniß des alten deutschen Rechts, sondern eine Bildung der Doctrin, hervorgegangen aus dem Bestreben, die Beschränkung der freien Veräußerungsbefugniß des Grundeigenthümers und den Vorzug des Mannsstammes bei der Succession in adelige Stammgüter mit den Grundsätzen des römischen Rechtes zu vereinigen. Ehe die neue Doctrin fremde Rechtsbegriffe auf schon gebildete In-

---

sittlichen Werth zu lassen schuldig seyn. Würde aber jemand ohne solche Anbietung solche Güter einem andern verkaufen, so soll solcher Kauf, auf Begehren der näheren Vettern, cassiret und kraftlos erkannt und gehalten werden. §. 2. Wo aber solche Anbietung geschehen und die Stammvettern sich des Kaufs entschlagen würden, so mögen alsdann wohl solche Güter jemand anders beständiglich verkauft werden. — Ordnung der Rittersch. in Franken, 1590 beschlossen, 1652 confirmirt. I. Tit. XV. Sintemalen auch die Erfahrung bezeuget, und nun allzuviel offenbar, was in kurzer Zeit für ansehnliche, stattliche Abeliche Güter nicht allein von ihren Geschlechten — — in andere Hände, dahero selbiger wegen keiner Reversion mehr zu gewarten, kommen. Demselben nun damit zugleich auch soviel möglich zu begegnen, ist endlich verglichen und angenommen, daß fürohin keiner der Ritterschaft einig Gut ganz oder stückweiß käuflich aber sonsten — hingeben solle, er habe denn das oder dieselbige seinen Freunden — angebotten etc. — Privileg dieser Ritterschaft von Rudolph II. 1609. Überdieß setzen wir auch, wann hinfüro von einem Abelichen Mitglied in Franken ein Abelich Gut — verkaufet werden solte, daß alsdann des Verkauffers nechsten Verwandten und Agnaten — den Abtritt und Einstand zu thun — frei und bevor stehen solle. — Conf. die kaiserl. Privilegien von 1688 über denselben Gegenstand. — Privileg des Kaisers Matthias von 1614 an die Ritterschaft im untern Elsaß: Wann hinfüro über kurtz oder lang, von einem Abelichen Mitglied im Elsaß, ein adelich Gut, einem hohen oder niedern Stand verkauft werden sollte, daß alsdann des Verkäuffers nächsten Verwandten und Agnaten — den Abtrieb und Einstand zu thun — frey und bevor stehen solle.

stitute anwandte, deren eigenthümliche aus freier Wurzel den Charakter entnehmende Bildung jenen Categorien widerstrebte, hatte sich der deutsche Adel begnügt, im Interesse seiner Familie und ihres Wohlstandes die alten deutschen Rechtsgrundsätze festzuhalten, indem er sich gegen die ihm gefährliche Entwicklung des XIV. und XV. Jahrhunderts durch Rechtshandlungen mancher Art — Erbverzichte, Familienverträge, Erbverbrüderungen — zu schützen suchte. Gegen das Ende des XV. und im Anfang des XVI. Jahrhunderts begann zugleich die Entstehung eines besondern Adelsrechtes (s. §. 35). Aber um dieselbe Zeit drang auch das römische Recht immer stärker ein. Die neuen Juristen, von den Principien des fremden Rechts beherrscht, wußten bei dem gänzlichen Mangel jeder geschichtlichen Auffassung jene Rechtserscheinungen nicht zu begreifen und mühten sich vergeblich ab, dieselben mit ihrer Theorie in Einklang zu setzen. Dieser Irrthum der Doctrin bildet das vermittelnde Glied, wodurch aus dem alten vom Adel festgehaltenen Rechte unter bestimmter Hervorhebung des Princips der Aufrechthaltung der Ehre und des Glanzes der adeligen Familie das neue Institut der Familienfideicommisse geschaffen wurde. Familienfideicommiß ist ein Gut, welches vermöge ausdrücklicher Anordnung unveräußerlich auf alle Geschlechtsfolger des Constituenten oder eines Dritten bis zum Ausgange des Stammes und Namens zur Erhaltung des Familienglanzes übergehen soll.[1]

Aufgabe der Doctrin wäre gewesen, in der Entwicklung des Adelsrechtes die althergebrachten nationalen Elemente aufzusuchen und als Ergebniß einer gewohnheitsrechtlichen Festhaltung darzustellen. In dem adeligen Stammgute liegen zwei Principien vereinigt: der Vorzug des Mannsstammes oder wenigstens der Söhne vor den Töchtern und die Unveräußerlichkeit ohne den Consens des Erben. An diesen Rechtsinhalt schloß sich in den Urkunden ein Kreis von weitern sittlichen und

---

[1] conf. Gerber, System §. 84; — und über die geschichtliche Entwicklung insbesondere Gerber, über den Begriff der Autonomie im Archiv f. d. civil. Praxis. 37. Band, S. 38—49.

rechtlichen Bestimmungen an, die in der Weise des Mittelalters mit rechtlich fast unbeschränkter Freiheit gegründet wurden. Anstatt daß nun das so kräftig begonnene Bestreben fortgesetzt wurde, die zu Grunde liegende Rechtsüberzeugung zu formuliren, selbständig weiter zu bilden und organisch zu vollenden, richtete sich die wissenschaftliche Thätigkeit jener Zeit vielmehr dahin, jene Geschäfte entweder, so gut es eben gehen wollte, dem römischen Rechte unterzustellen, oder als eine Singularität aus dem Systeme ganz auszuscheiden. Bei der Erfolglosigkeit des erstern Weges schlug man den letztern ein, indem man jene Anordnungen nicht als die Anwendung objectiver Rechtsnormen, sondern vielmehr als Quelle derselben aufzufassen begann, eine Auffassung, die sich einerseits auf die ausgedehnte Dispositionsbefugniß stützte, welche, der Rest einst allgemeiner Rechtszustände, nunmehr noch in jenen Geschäften des Herrenstandes zu Tage trat, andererseits auf die bedeutende Wirkung solcher Verfügungen gebaut war, die selbst ferne Nachkommen dauernd zu binden vermochten. Diese scheinbar rechtserzeugende Befugniß des Herrenstandes knüpfte die Doctrin an die Landeshoheit an, deren vollen Besitz sich die Glieder jenes Standes großen Theils errungen hatten, und faßte jene Anordnungen als Ausfluß der gesetzgebenden Gewalt auf, indem sie zwischen imperium merum et mixtum unterschied. Dieses jus condendi statuta, das Bartolus, Zasius, Mynsinger ausgesprochen hatten, führt Betsius in seinem Tractatus de statutis, Argent. 1611, des Weitern durch.[2] Er schreibt dasselbe denjenigen Familien des Adels zu, die das Recht der Gerichtsbarkeit haben.[3] Statuten,

---

[2] In cap. I handelt er de origine statutorum et consuetudinum, et an statuta condere, vel consuetudinem introducere sit jurisdictionis, und kommt zu dem Resultate: ego tamen firmiter et sine omni dubitatione eorum opinionem amplectendam puto, qui statuta condere vel consuetudinem introducere in eorum tantummodo potestate esse asserunt, quibus jurisdictio in res, personas, causas vel negotia, de quibus statuto aut consuetudine disponitur, competit.

[3] Cap. II. Principes, Comites, Barones, civitates, et status Imperii generaliter omnes sicut et nobiles immediate imperio subjecto pro modo

Verträge oder Gewohnheiten könnten aber entweder die Veräußerung oder die Succession betreffen. Da nun Jeder über sein Vermögen frei disponiren könne, so müsse er auch, selbst wenn er weder imperium merum noch mixtum noch jurisdictio habe, statuto vel consuetudine vel pacto Veräußerungsbeschränkungen sich unterwerfen können. Nur sei zu beachten, daß, wenn er gegen dieselben veräußere, das Eigenthum auf den Erwerber übergehe und dem Verletzten daher nur eine Klage auf Entschädigung gegen den Veräußerer, nicht aber eine dingliche Klage gegen den Erwerber zustehe. Denn ein Veräußerungsverbot, das durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden eingeführt werde, hindere den Eigenthumsübergang nicht.[4] Für den seiner Ausführung entgegenstehenden Rechtszustand des Adels, der nun einmal vor ihm geworden da lag, fand er einen Rechtfertigungsgrund in der Landeshoheit.[5] Doch scheint ihm derselbe nicht ganz zureichend, die dingliche

---

et ratione jurisdictionis eis competentis. Cap. IV. An privata familia possit leges condere. — Rochus autem Curtius discrepantes opiniones sic conciliandas existimat; ut una domus vel progenies possit et statuere et consuetudinem introducere de his, quae incumbunt domui aut progeniei —, in his autem, quae pertinent ad causarum decisionem, non possunt sine confirmatione populi. Ipse autem Tiraquellus — limitat secundam partem hujus conciliationis in familiis illustribus et omnimodum jurisdictionem habentibus et per consequens jus statuendi, quam quidem opinionem postea secuti sunt omnes fere academiae et juris doctores, eamque in praxi in Germania receptam esse attestatur Rosenthal. et Gail.

[4] Quae tamen sic accipienda sunt, ut, quamvis alienandi potestas in totum tolli non possit, eam tamen certis cancellis circumscribi et ut nonnisi in certas personas fiant alienationes, pacto vel statuto sanciri queat. — Sic etiam pacta sustinentur inter fratres vel agnatos, ut bona illorum immobilia ab avo accepta non alienentur. — Illud tamen observandum, si res alienatae fuerint, dominium transferri et saltem actionem ad interesse contra heredes paciscentis, non autem realem aliquam contra possessorem competere, quoniam prohibitio alienationis per actum inter vivos facta non impedit translationem dominii.

[5] Quod tradit Roland: Duces et Comites, qui dignitatem perpetuam et ad suos descendentes transmissibilem habent, aequiparari majoribus judicibus, adeo ut contractus per eos celebrati habeant vim legis, sicut contractus celebratus cum Imperatore.

Klage des Verletzten zu begründen; er hält vielmehr dafür, diese Rechtsgeschäfte unter Lebenden müsse man mit idoneis et usitatis cautelis schützen. Eine solche Cautel sei die kaiserliche Bestätigung, doch dünkt ihm auch ein pactum constituti possessorii [6] passend. Am geeignetsten jedenfalls, um Unveräußerlichkeit und Verbleiben des Grundbesitzes beim Mannsstamme zu erreichen, seien immerhin die Familienfideicommisse, da ein auf einer letzten Willenserklärung beruhendes Veräußerungsverbot des Familienvermögens die Möglichkeit der dinglichen Klage gewähre. [7] Freilich findet Betsius sich bei dieser Annahme in Conflict mit Nov. 159, nach welcher die Unveräußerlichkeit des Familienfideicommisses nur 4 Geschlechter hindurch dauert, und verwirft demgemäß eine weitere Ausdehnung, gesteht aber doch, daß die entgegengesetzte Ansicht communis doctorum opinio sei. Auch die Idee der successio ex pacto et providentia majorum kennt Betsius bereits. [8] Sie wurde aus dem longobardischen Lehenrecht herübergenommen, um die Unveräußerlichkeit der Stammgüter zu rechtfertigen. Im Gegensatz zum deutschen Recht erwerben nach jenem [9] alle Descendenten des ersten Belehnten aus seiner In-

---

[6] Quod tamen sic intelligendum est, modo is, qui ita se constituit possidere, sit possessor ipsius rei eo tempore, quo eam alienat in alterum, alias enim non impediretur hujusmodi alienatio per eum facta.

[7] Porro si ultima voluntate res familiares alienari prohibeantur, erit hujusmodi prohibitio realis et alienatae a quovis possessore repeti poterunt ut est textus in L. filiusfam. 14. §. divi et §. cum pater D. de leg. I. et ibi tradunt DD. Idem est si pactum sit in consequentiam praecedentis dispositionis vel ultimae voluntatis, tunc enim sicut ipsa ultima voluntas res afficiet, ut tradit Bartotus in L. fin. C. de pactis, quem communiter DD. sequuntur. Ebenso c. V. Et certe cum causa horum pactorum vel statutorum sit, ut bona in familiis conserveutur, ea alienare tacite et quasi per fideicommissum mihi prohibuisse videntur.

[8] Porro est effectus primogeniturae, — quod bona primogeniturae subjecta alienari non possunt, ut est communis Doctorum opinio, quae omni probabili dubitatione caret; nam is, qui primogenituram constituit, praesumitur et censetur voluisse, atque expresse disposuisse ea omnia, quae sunt propria et naturalia ipsius primogeniturae.

[9] I. Feud. 14. pr. §. 1; I. Feud. 20; II. Feud. 11. 12. 13 u. 17 pr.

vestitur das Recht auf das Lehen, so daß sich daher nur die Successionsordnung im Lehen nach dem alten Systeme gestaltet, das Recht auf das Lehen aber sich vom primus acquirens herleitet.[10] Betsius selbst schließt sich an Molina, de Hispanorum primogeniorum origine ac natura libri quatuor, und an ein von Molina und dem portugiesischen Ritter Jac. a Saa gemeinsam herausgegebenes Werk: Tractatus de primogenitura,[11] an. Auf diese beiden Schriften bezieht er sich besonders in cap. VIII, das eben von der Primogenitur handelt.[12]

Das Buch des Betsius war im Jahre 1611 erschienen. Seine Andeutungen benützte unter Beiziehung des gesammten

---

[10] Den Namen für dieses Princip nahm man von der Glosse ad II. Feud. 45 her: hoc ideo contingit, quia potius principali providentia, quam ex judicio sive ex successione ad eum pervenit.

[11] Hannoviae. 1612. Hier lautet das Urtheil über die Succession dahin (S. 195): Quamvis de jure communi in his solis eventibus reperiatur concessa repraesentatio atque, ut dictum est, non plus repraesentatio sit extendenda, quam reperta fuerit concessa, nihilominus si — ex dispositione instituentis majoratum, qui vocare ad eum potuit, quos voluit, et eo ordine, quo voluit, introducta reperiatur, tunc concedenda in eisdem eventibus erit repraesentatio praecise tantum, quantum reperta fuerit concessa. Atque hoc ante mentis oculos est habendum, neque omnia in eá materia solo jure communi sunt admetienda. — cfr. S. 301: Cum in hujusmodi majoratibus non haereditario jure, sed sanguinis atque ex providentia institutoris, succedatur etc. — cfr. Ludovici Molinae, de origine Hisp. primog. I, 3, 11. Majoratus jure sanguinis non jure haereditario defertur, sicut et regnum. — Saa et Molina l. c. S. 202 f. Neque enim successores in regno illud accipiunt ab immediato antecessore, neque ex dispositione et voluntate illius, sed illud accipiunt ab ipsamet republica, quae regnum instituit, — tanquam a republica ipsa ad illum vocati etc.

[12] Jus autem primogeniturae positivum appello, quod vel generali alicujus regni aut provinciae lege, scripta vel non scripta, pactis vel dispositione hominum ad conservandum familiarum nobilium et illustrium splendorem introductum est, quod variis modis fieri potest; — quibus casibus, pactis, contractui vel ultimae dispositioni duplex conditio inesse censetur, prima ne hujusmodi res extra familiam alienentur; secunda, ut a priore subsequenti primogenito eae in perpetuum restituantur.

Materials, welches sich in der früheren Literatur fand, Knipschildt in seinem Werke: de fideicommissis familiarum nobilium sive de bonis, quae pro familiarum nobilium conservatione constituuntur (von Stammgütern) tractatus. Argentor. 1626. Nachdem er in cap. I vom Ursprung der Fideicommisse, den er, jedoch nur mit Bezug auf das römische Recht, in dem Gewohnheitsrechte findet, und in cap. II von der Eintheilung gehandelt, kommt er im III. Capitel auf die causa efficiens fideicommissorum. Der Rechtsgrund der Familienfideicommisse sei nichts anderes, als sola fideicommittentis seu instituentis voluntas.[13] Dabei wird besprochen, wer ein Fideicommiß errichten könne, sowie in cap. IV, für wen es errichtet werden könne. Das V. Capitel ferner handelt von dem Gegenstande desselben, nämlich von Immobilien und andern ihnen gleichgestellten Objecten. Der Kern von Knipschildt's Ausführung liegt aber in dem cap. VI: de forma sive modis, quibus fideicommissa familiarum nobilium constituuntur. — Knipschildt hat zuerst mit seltener Energie und Consequenz den Gedanken des römischen Fideicommisses benützt, um ihn auf das Recht des Adels an seinen Erbgütern anzuwenden. Man suchte nach einem römischen Begriff, um das Stammgut daraus zu erklären: er bot sich im successiven Vermächtnisse. Hier fand man ein Veräußerungsverbot, hier eine von der gesetzlichen abweichende Ordnung der Uebertragung. Weiter als einer analogen Anwendung bedurfte es nicht. Daß jedes Vermächtniß nach römischem Rechte einen Universalsuccessor voraussetze, hinderte Knipschildt nicht, im vorliegenden Rechtszustande des Adels den Stoff für seine Form zu finden. So umfaßt denn c. VI die Arten der Entstehung des Fideicommisses,[14] wie es beim Adel vorkam. Obgleich nun die Errichtung durch eine letztwil-

[13] Daher heißt es eod. 6: In fideicommissis illud pro disposito habetur, quod si testator de eo cogitasset vel interrogatus verisimiliter disposuisset. 7. Atque haec etiam in contractibus obtinent, ubi itidem mens contrahentium potius, quam verba, sunt consideranda.

[14] Constituuntur familiarum nobilium fideicommissa vel per ultimam voluntatem, vel conventione inter vivos.

lige Disposition als eine sichere empfohlen wird, erklärt Knipschildt doch, daß zu den Fideicommissen im weitern Sinne auch diejenigen Güter gehören, über welche im Wege des Vertrags die Vereinbarung getroffen worden sei, sie den Descendenten und männlichen Agnaten zu restituiren.[15] Auf diese Weise ist aber das Wesen des römischen Fideicommisses zerstört und es setzt sich der neue vage Begriff des fideicommissum absolutum et perpetuum[16] an seine Stelle. Jede Art von Vertrag, Erbverzicht, Erbverbrüderung, Schenkung, Ehevertrag, ferner lex, consuetudo, statutum et praescriptio können Quelle des Fideicommisses werden. Sein Wesen beruht ja nicht mehr darauf, daß einer Person mittelbar oder unmittelbar aus dem Vermögen des Erblassers durch eine letztwillige Verfügung und auf Kosten der Erbschaft ein Vermögensvortheil zugewendet wird; Familienfideicommiß des Adels ist vielmehr jede Anordnung, wodurch die Güter einer Familie zum Besten des Mannsstammes erhalten bleiben sollen.[17] Freilich gelangt auch Knipschildt zu der Frage, die sich schon Betsius aufwarf, ob denn das Familienfideicommiß des Adels über die 4. Gene-

---

[15] Constituuntur haec fideicommissa non tantum per ultimam voluntatem sed etiam ab intestato et inter vivos. Quemadmodum enim legem suis quis dicere potest, quam vult, testando, ita etiam contrahendo. Nec obstat, quod fideicommissa solum in testamento relinquantur, seu in ea scriptura, quae vim ultimae voluntatis obtineat, et ita fideicommissa sint actus ultimae voluntatis et ab eo demum relinqui possint, qui a defuncto est honoratus vel ex judicio ejusdem emolumentum aliquod pecuniarium accepit. Si quidem hoc proprie et stricte loquendo verum est, generaliter vero loquendo etiam bona fideicommissaria dicuntur, de quibus per modum contractus convenit, ut aliis descendentibus et agnatis masculis restituantur. Nec post legatorum et fideicommissorum aequiparationem, per quae verba fideicommissum relinquatur et sola voluntas in fideicommissis spectatur, non etiam verborum qualitas.

[16] Dieser wird cap. II. 41 bestimmt als: fideicommissum, quo absque ulla determinatione temporis vel personarum, bona perpetuo in familia, quamdiu illa durat et masculi supersunt, permanere et conservari jubentur.

[17] Wann dies angenommen werden müsse, führt Knipschildt cap. VI. 99—142 in 25 Fällen aus.

ration sich erstrecken könne. Ihm jedoch wurde bei seinem weitern Begriff von Fideicommiß die Bejahung leicht möglich.[18] — Nachdem durch die Deduction in cap. VI der Begriff des neuen Fideicommisses geschaffen ist, widmet er dem Zweck desselben ein eigenes Capitel.[19] Seit dem XV. Jahrhundert war die Erhaltung des Glanzes und Wohlstandes der Familie als Princip derjenigen Rechtshandlungen und Rechtsgewohnheiten des Adels ausgesprochen worden, durch welche man den alten Rechtszustand sich zu wahren suchte.[20] Betsius hatte diesen Gedanken zwar wiederholt aber, wie den des Fideicommisses, nur nebenbei bemerkt;[21] Knipschildt dagegen erkannte mit richtigem Blick ihn als Princip des Instituts. Darauf bespricht er die beiden Grundsätze des Adelsrechtes, welche abweichend von der neuen deutschen Rechtsentwicklung und im Gegensatz zum römischen Recht beibehalten worden waren, nämlich: die Successionsordnung im Familienfideicommiß[22] und die Veräußerungsbeschränkung.[23] Die übrigen Capitel behan-

[18] cap. IX, 98—108, besonders 4. — Auch den Satz des römischen Rechts, daß ein pactum de non alienando in perpetuum keine rechtliche Gültigkeit habe, beseitigt er: atque haec quidem de jure communi procedunt inter privatos, secus vero se res habet quod Principes, Comites, Barones et nobiles (cap. VI. 44).

[19] cap. VII de fine fideicommissorum familiarum nobilium. Knipschildt bestimmt diesen Zweck richtig: finis fideicommissorum familiarum nobilium est, memoriae, agnationis et familiae, in eaque bonorum perpetua conservatio.

[20] z. B. Waldburgsche Erbeinigung a. 1463 (Lünig R.A. XI. S. 342): Damit der Nam und Stamm der Truchsesse ze Waldburg für und für dester baß bleiben möge und dester minder abgange.

[21] z. B. cap. VI. (Frankf. Ausg. v. 1661. S. 157; ferner S. 536. 164 etc.).

[22] cap. VIII. u. IX. — cap. IX. 1. Modum ac formam succedendi quod attinet, si ea a testatore sive primo institutore praescripta, haec omnino observanda erit. Nam in fideicommissis sola voluntas disponentis attenditur. 77. Quia in hisce fideicommissis non agitur de hereditate et bonis — ultimi possessoris, sed ipsius primi institutoris, et sic ipsi testatori et non ultimo defuncto succeditur.

[23] cap. XI. Siquidem haec bona fideicommis pro familiarum nobilium conservatione constitutis subjecta non possunt alienari. Sunt enim haec

deln Rechte und Pflichten des Fideicommißinhabers, Klage und Beweis, verwandte Institute und endlich das Erlöschen des Fideicommisses.

Knipschildt hatte seine Sätze mit der großen Gelehrsamkeit in der Art der damaligen Zeit, mit reicher Kenntniß der juristischen Literatur, mit regem Bestreben, das Bestehende zu sichern, mit solcher Consequenz und Energie ausgesprochen, daß sie sich allseitige Anerkennung und Aufnahme erwarben. Das Güterrecht des Adels sollte sich der neuen Anschauung bequemen. Die fideicommissarische Substitution, die successio ex pacto et providentia, Ideen, deren man sich seither in dieser Anwendung nicht bewußt geworden war, wurden gebraucht, um das Streben nach Erhaltung des Familienglanzes noch mehr zu sichern; um ferner den unbedingten Vorzug des Mannsstammes und den Ausschluß der ganzen cognatischen Verwandtschaft von der Succession in Fideicommisse durch die von Knipschildt hervorgehobene voluntas constituentis festzustellen, wodurch dem Familiencommiß der Boden einer positiven Anordnung unterlegt wurde; endlich um im Anschluß an das Lehenrecht unter strenger Durchführung der successio ex pacto et providentia die seitherige beschränkte Veräußerung zur völligen Unveräußerlichkeit bis zu Ausgang des vom ersten Constituenten berufenen Mannsstammes zu steigern. Seit dem XVII. Jahrhundert wird die Bezeichnung Familienfideicommiß nicht nur in der Literatur herrschend, sondern auch in die Familienverträge aufgenommen.[24]

---

bona familiarum fideicommissaria restitutioni subjecta, ad omnes de familia transeunt, et in ea perpetuo sunt observanda. Ea autem, quae restitutioni subjecta sunt, neque inter vivos neque ultima voluntate, vel quocunque aliquo titulo alienari possunt.

[24] Den Uebergang zeigt ein pactum de non alienando des Hauses Hanau v. J. 1659 (Lünig, R. A. IX, S. 534): daß drittens alle Alienationes der altväterlichen Stammgüter gänzlich aufgehebt und verboten, und dahero solche Veräußerungen noch in das Gewissen einlaufen. An sich selbst aber für das Vierte bei solchen mit dem Majorat und Fideicommiß afficirten Gütern den gemeinen Rechten und der anverwandten

Die neuere Literatur handelt nur von Fideicommissen des Adels; so z. B. Harpprecht, de fideicommisso conventionali; diss. acadd. vol. II, 52. 1737. — Becker, Diss. de valore fideicommissorum, tam ultima voluntate, quam per conventionem. — Cramer in allen Schriften, die sich hierher beziehen. — Stryk, Tractatus de successione ab intestato. Diss. VII. de successione ex fideicommisso familiae. 1733.[25] — Kreyttmayr, Commentar zum Cod. Max. Bav. civ. p. III. c. 10. 1764.[26]

Indem man aber die verschiedenen Rechtserzeugungen des Stammguts und Fideicommisses im römischen und deutschen Sinne unter einem gemeinsamen Namen und unbestimmten Begriff vereinigte, mußte man zu unjuristischen Unterscheidungen, z. B. des Fideicommisses im engern und weitern Sinne (s. oben Note 15), oder zu unlösbaren und der Geschichte widersprechenden Verirrungen und Controversen gelangen, z. B. ob ein Fideicommiß durch Vertrag errichtet werden könne, eine Frage, die man vom römischen Gesichtspunkte aus verneinte,[27] vom deutschen dagegen mit unstichhaltigen Gründen bejahte.

Häuser — zu mehrenmalen treuvetterliche Wohlmeinung eingeschikten Erinnerungsschreiben gänzlich zuwider seynd.

[25] cfr. §. 10: Dicuntur haec fideicommissa germanice Stammgüter, so zu Erhaltung eines Fürstlichen, Gräflichen, Adelichen Stammes und Nahmens verordnet, de quibus integro tractatu videri poterit Knipschildt de fideicommissis etc.

[26] Von Geschlechts- oder Familienfideicommissen. §. 2. Was demnach zu Erhaltung eines gewissen Geschlechts verordnet ist, das heißt heutzu Tag eigentlich ein Fideicommiss oder Stammgut: zu conservation des Geschlechts und männlichen Stammens und Namens gemachte Dispositiones (§. 1. Mand. Elect. de 20. April. anno 1672).

[27] z. B. durch das merum et mixtum imperium, durch welches man auch das gemeine Recht abschaffen könne (Gail, gestorben 1587, obs. II, 127); oder indem man sich darauf stützte, solche Verträge seien gültig, weil der dem röm. Recht zu Grunde liegende Verdacht der Lebensnachstellung beim Adel wegfalle (s. Gail l. c.; Knipschildt l. c. VI, 48); oder endlich indem man beibrachte, selbst nach gemeinem Rechte — Cod. II, 3. de pact. c. 19 — hätten Soldaten vertragsweise über ihren Nachlaß disponiren können und dies

Gegen diese Verwirrung erhob sich J. H. Böhmer in seinen Exercitationes ad pandectas. Exercit. XXXI. ad P. L. II. tit. XIV. Er führt aus, daß das römische Recht unpassend auf die sogenannten fideicommissarischen Verträge angewandt werde, da es nach seinen Grundsätzen kein pactirtes Fideicommiß gebe, dieses vielmehr ein Institut des alten germanischen Rechts sei,[28] und widerlegt sodann sämmtliche für ein pactirtes Fideicommiß aus dem römischen Recht beigebrachten Gründe, wodurch er unter Berufung auf Ant. Faber, de err. pragm. dec. 47. err. 10 n. 5 ff. das Resultat gewinnt, daß pacta successoria jure romano reprobirt seien. Im zweiten Capitel der Abhandlung wendet er sich zum deutschen Recht. Vor Allem weis't er die gewöhnliche Berufung auf die Sitte und das Herkommen ab, weil man über diese Begriffe selbst nicht im Klaren sei. Man müsse vielmehr das deutsche Recht aus deutschen Rechtsprincipien erläutern, nicht aus römischen. Es fänden sich aber in dieser Hinsicht drei Grundsätze: 1) valere pacta successoria; 2) avita alienari non posse; 3) filias excludi a successione. Erstere Rechtsregel wird aus den Völkergesetzen, die zweite auch aus dem Sachsenspiegel, die letztere wieder nur aus den Rechtsquellen des germanischen Zeitalters ohne Rücksicht auf das deutsche Recht des Mittelalters zu erweisen versucht.[29] Durch drei Mittel habe sich das

---

müsse auch für den Adel gelten (eine Ansicht Gails, die schon Betsius l. c. V, S. 118 der cit. Ausg. verneint hatte).

[28] l. c. §. 3. Jus Romanum inepte applicatur ad pacta, quae fideicommissaria dicuntur. §. 10. Si evicero, jure Romano fideicommissa pactitia non dari, palam est, ea pacta, quae vulgo fideicommissaria appellantur, non esse fideicommissaria, nec ex doctrina de fideicommissis, sed ex juris antiqui Germanici scitis, quod fidem in pactis sanctissimam esse, declarando.

[29] Böhmer verirrt sich dadurch zu der Behauptung: usus juris Romani turbavit haec III. principia. Illustribus vero nobilibusque necessitatem (imposuit), quovis modo contra impetum hujus juris peregrini sese gentilitiaque jura sua muniendi illaque incorrupta conservandi, quod (interfuit) eorum, ne a tramite veteris juris recederent. Id maxime eo tempore necessarium fuit, quo camera imperii erecta etc.

einheimische Recht gegen das fremde erhalten: durch den usus forensis, die pacta [30] und die statuta locorum. Wenn auch die Behauptung nicht richtig ist, daß das Adelsrecht die Beibehaltung derjenigen Rechtsgrundsätze sei, welche zur Zeit der Reception des römischen Rechts in Geltung standen, so bleibt es Böhmer's Verdienst, die Bahn gebrochen und den Weg gezeigt zu haben, um mit Abwerfung römisch-rechtlicher Formen den deutsch-rechtlichen Inhalt als solchen, wie er selbst sich ausdrückt, jure germanico als objectives Rechtsinstitut zu expliciren.

J. St. Pütter verfolgte den Weg, welchen Böhmer gewiesen hatte, freilich unter bedeutenden Mißverständnissen des ältern deutschen Rechtes, das nach ihm die Töchtersuccession nicht gekannt und von Alters her die successio ex pacto et providentia als Princip der Erbberechtigung angewandt habe. [31]

---

[30] §. 8. Ubique fere familiae illustres nobilesque de successione familiarum, de conservandis bonis hereditariis, de usu testamentorum restringendo aliisque pacta perpetua condiderunt, filias vero majoris securitatis gratia induxerunt, ut successionibus hisce jurato renunciarent, quarum de jure antiquo antehac non erant capaces, nisi deficiente prole masculina. Huc quoque pertinent pacta tam usitata inter has familias, quae fideicommissa familiae conventionalia vocantur vulgo. — In his quippe nihil aliud actum, quam ut jus antiquum Germaniae repeteretur, et in usum in posterum quoque deduceretur, juris Romani vero vis irrumpens impediretur.

[31] Hinc simul intelligitur, legem successionis in familia quavis illustri dari potissimum a primo adquirente, deinde aut a novo quovis capite familiae suaeve stirpis, aut a pluribus cunctisve unius familiae agnatis. Quales quidem successionis leges, quamdiu Germania suis solum consuetudinibus regebatur, non tam necessariae, nec tam frequentes erant, quam ex quo turbata domestica instituta juribus peregrinis fuerunt. Quumque patrio jure perinde esset, quacunque ratione voluntas valide disponentis declararetur, pluresve paciscendo inter se convenirent; vel in forma harum legum hoc effecit juris Romani et Canonici auctoritas, ut sollenia de his rebus testamenta conderentur, inque iis simplicia juris patrii instituta exotica veste fideicommissi familiae induerentur. Immo parum abfuit, quin pactis Germanico more de sucessione conditis plane quaestio status moveretur; quae demum, mirum, quibus Ictorum artificiis, sustenta sunt, inter alia interposita haud raro, at citra necessitatem reapse, jurisjurandi fidei; frequenter quoque expetita

Eben so unrichtig ist es, wenn er nun die successio ex pacto et providentia auch auf Stammgüter anwenden will.[32] Allein immerhin ist sein Streben durchaus anzuerkennen, die juristische Form der Fideicommisse und der Stammgüter systematisch zu bestimmen und consequent auseinander zu halten.

Die Richtung, die Böhmer eingeschlagen hatte, errang als die allein richtige geschichtliche Methode, die Entstehung eines Rechtssatzes aufzusuchen und zu verfolgen, den Sieg. Posse, die Sonderung reichsständiger Staats- und Privatverlassenschaft, 1790,[33] §. 16, beruft sich ausdrücklich auf Böhmers und Pütters Schriften, und Moser, von der teutschen Reichsstände Landen, 1769, S. 219 und 226, trennt die beiden Rechtsinstitute des Familienfideicommisses und Stammgutes streng von einander, wenn auch die Gründe, die er gegen Böhmer vorbringt, keineswegs die Ueberzeugung zu verschaffen im Stande sind, daß das Stammgut frei veräußerlich sei.

Die Beschränkung des Familienfideicommisses auf solche Güter, deren Unveräußerlichkeit auf einer bestimmten Constituirung beruht, hat sich gegenüber dem Stammgute, bei welchem die Veräußerungsbeschränkung durch Gesetz oder Herkommen besteht, nunmehr überall vollkommene Anerkennung verschafft.

Das Familienfideicommiß ist durch eine Vermischung fremder Rechtsprincipien, welche eine verkehrte Doctrin auf das einheimische Recht übertrug, mit denjenigen Rechtssätzen, welche im Adelsrecht sich gebildet hatten, entstanden. Durch das auf solchem Wege erzeugte Rechtsinstitut kam man einem Bedürfnisse des Adels entgegen, der wohl auch ohne diese Ueber-

---

confirmatione caesarea, qua tamen pariter, nisi circa feuda quid contineant, quod sine consensu domini directi fieri nefas, certe haud indigent. Pütter, primae lineae etc. 1768, §. 20.

[32] cfr. Sylloge, commentat. jus priv. princ. illustr. 1768, No. 1. §. VIII: supremum — Germanici juris principium: in bonis avitis non ex beneficio ultimi possessoris, seu ultimi defuncti, — sed ex pacto et providentia majorum — succedi.

[33] cfr. Desselben Prüfung des Unterschiedes zwischen Erbfolgerecht und Erbfolgeordnung, 1796, S. 78 ff.

tragung zu denselben oder ähnlichen Rechtsproductionen gelangt wäre, da das römische Recht seinem Interesse durchaus im Wege stand.

Nachdem der geschichtliche Entwicklungsgang der Lehre dargelegt ist, ergeben sich folgende wesentliche Unterschiede zwischen Familienfideicommiß und Stammgut:

1) Das Familienfideicommiß bedarf zu seiner Entstehung einer ausdrücklichen Verfügung. Es muß constituirt werden, sei es durch ein Testament oder einen Erbvertrag oder durch eine andere Disposition unter Lebenden. Das Stammgut dagegen beruht auf altem Herkommen oder Gesetz (s. §. 35).

2) Das Erbrechtsprincip des Familienfideicommisses ist die successio ex pacto et providentia majorum, das Erbrecht ein successives. In Folge dessen erscheint der einzelne Erbberechtigte als berufen durch den Fideicommißstifter und als Repräsentant desselben im Fideicommißvermögen, ist übrigens gebunden durch das vom Stifter oder Nachstifter [34] ausgesprochene Veräußerungsverbot und die Rechte der Anwärter, keineswegs aber durch beschränkende oder entziehende Verfügungen der früheren Inhaber als solcher, sofern er nicht zugleich deren Erbe ist. Das Erbrechtsprincip des Stammguts dagegen ist das gemeinrechtliche; jeder succedirt in die Rechte seines unmittelbaren Vorfahren und ist dessen Repräsentant.

3) Die Veräußerung des Fideicommißgutes ist nichtig. Das Fideicommiß kann von den Anwärtern, sobald sie zu demselben berufen erscheinen, mit der Vindication zurückgefordert werden. Aus demselben Grunde der Unveräußerlichkeit kann es nicht mit Schulden belastet, nicht als Gegenstand des Concurses behandelt und seiner Idee gemäß nur dann aufgehoben werden, wenn es in die Gewalt des letzten Fideicommißfolgers gelangt. Das Stammgut dagegen ist keineswegs unveräußerlich; seine Veräußerung ist nur durch die Rechte des nächsten Erben oder der Agnaten beschränkt. Wie weit ihre Befugnisse

---

[34] cfr. Gerber, zur Lehre von den Lehns- und Fideicommißschulden in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 11 (1854), S. 183 ff.

reichen, hängt von dem Gewohnheitsrechte oder Gesetze ab, das ihnen ihre Berechtigung zutheilt. Das Stammgut ist Gegenstand des Concurses (s. §. 35. a. E.).

Neuerer Laupp'scher Verlag.

Bruns, Prof. Dr. C. G., Das **Recht** des **Besitzes** im Mittelalter und in der Gegenwart. gr. 8. broch. fl. 4. 24 kr. Rthlr. 2. 10 Ngr.

Gerber, Dr. C. F., Kanzler in Tübingen, Ueber **öffentliche Rechte.** gr. 8. broch. fl. 1. — 20 Ngr.

— — Zur Charakteristik der deutschen Rechtswissenschaft. Eine akademische Rede. gr. 8. broch. 18 kr. 6 Ngr.

Köstlin, Prof. Dr. C. R., **Auerswald** und **Lichnowsky.** Ein Zeitbild, nach den Akten des Appellations-Gerichts zu Frankfurt a/M. mit Genehmigung dieses hohen Gerichtshofes dargestellt. Nebst 1 Plan. gr. 8. broch. fl. 2. 15 kr. Rthlr. 1. 15 Ngr.

— — Das Geschwornengericht für Nichtjuristen dargestellt. **Zweite** Auflage. gr. 8. broch. fl. 1. 30 kr. 27 Ngr.

— — Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts. 61 Bog. gr. 8. broch. fl. 7. 48 kr. Rthlr. 4. 22½ Ngr.

— Ist vergriffen. —

— — System des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Theil. gr. 8. br. fl. 5. 24 kr. Rthlr. 3. 7½ Ngr.

— — Der Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens im neunzehnten Jahrhundert, kritisch und geschichtlich beleuchtet, nebst ausführlicher Darstellung der Entstehung des Geschwornengerichts. gr. 8. broch. fl. 4. Rthlr. 2. 12 Ngr.

Mayer, Prof. Dr. M. S., ad Caji Institutionum commentarii IV. §um 48 commentationem exhibuit. gr. 8. broch. 48 kr. 15 Ngr.

— — Die Lehre von den **Legaten** und **Fideicommissen.** Aus den Quellen bearbeitet. Erste Abtheilung. Die Einleitung und die Form der Anordnung. gr. 8. broch. fl. 2. 24 kr. Rthlr. 1. 15 Ngr.

Mohl, Prof. Dr. R. v., Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates. **Zweite** umgearbeitete Auflage. 3 Bände. gr. 8. fl. 14. 24 kr. Rthlr. 8. 15 Ngr.

— — Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg. Neue Ausgabe der zweiten Auflage. 2 Bde. gr. 8. fl. 12. 48 kr. Rthlr. 6. 25 Ngr.

Pfeifer, K., Was ist und gilt im römischen Rechte der **Besitz?** Eine Abhandlung gerichtet gegen die v. Savigny'sche Doctrin über das Recht des Besitzes. gr. 8. broch. fl. 1. 12 kr. 22½ Ngr.

— — Die Lehre von den juristischen Personen nach gemeinem und württembergischen Rechte. gr. 8. broch. 1 fl. 36 kr. Rthlr. 1.

Schwegler, Prof. Dr. A., **Römische Geschichte.** Zwei Bände. gr. 8. broch. fl. 11. 6 kr. Rthlr. 6. 24 Ngr.


ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV·ANG·
SIGILLVM
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

